جـــامعـــة مـــولـــود معـــمري - تيزي وزو -
كـــليـــة الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون - نظام ل.م.د.

عنوان المذكرة:

حدود القوّة الملزمة للعقد
(الظّرف الطارئ، الشرط التّعسفي)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص الداخلي

إعداد الطالبتين:

- دحمون أنيسة
- بوزيد لويزة

إشراف الأستاذ:

نسير رفيق

لجنة المناقشة:

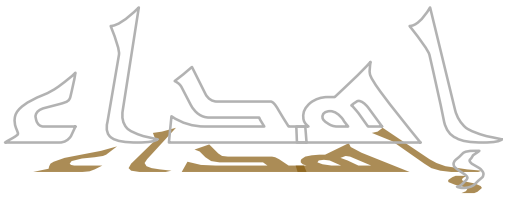
- أ / كسال سامية أ. محاضرة "ب" ..... رئيسا.
- أ / نسير رفيق أ. مساعد " أ "..... مشرفا ومقررا.
- أ / أيت ساحد كهينة أ. مساعدة " أ " .....ممتحنا.

تاريخ المناقشة: .....

š شكر و تقدير ›

- الحمد الكثير والشكر الكبير لله العلي القدير سبحانه وتعالى الذي أنار دربنا وفتح قلبنا لإتمام هذا العمل اليسير الذي أثلج قلبنا وقوى عزيمتنا.
- الشكر و وافر العرفان لمشرفنا الأستاذ الفاضل "نسير رفيق" على ما قدمه لنا من نصح وتوجيه، وأخذ بيدينا في محراب العلم وردنا إلى جادة الصواب فجزاه الله عنّا خير الجزاء.
- الشكر و التقدير للّجنة التي ستشرف على مناقشتنا في هذا العمل.
- الشكر والامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد لإتمام هذا العمل المتواضع ونخص منهم: نجيب شكلاط، عمر إيراتني، مجيد بوبراقة، ليلية، رمضان بوليلة، عبد الله سي سالم، حسن، رزيقة، خديجة، كريمة، وردة، فتيحة، فاتح مصطفى، وإلى عمال المكتبات وعمال الإدارة ونخص منهم: عقيلة حدادي، نعيمة، سمير، عتيقة.
- نتقدّم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدنا من قريب ولو بكلمة ونصحنا ولو بإشارة، وفرج همنا ولو بنظرة، وتصدق علينا ولو بابتسامة، فلكم منّا جميعا كل الثناء و الامتنان و جزاكم الله كل الخير.

? شكرا

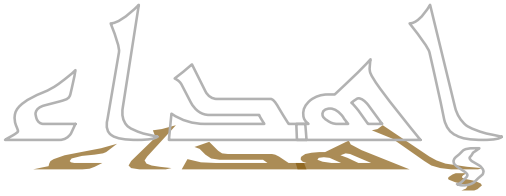


خير الكلام كلام الله أبدأ بقوله عز وجل بعد بسم الله الرحمن الرحيم:

﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا﴾

- أهدي ثمرة جهدي العلمي إلى من الجنة تحت قدميها، وتوفيقي بدعائها وسعادتي برضاها، والدتي الحبيبة "صليحة".
- إلى أطيب أب في الدنيا والدي العزيز صاحب القلب الواسع "يوسف".
- إلى من حملت أنبل الصفات إلى روح جدّتي الطاهرة في عالم الخير والبقاء، التي تمنت لي ضارعة إلى الله أن أحقق النجاح في دراستي، وأن تشهد ذلك، ولكن كانت منيتها قبل أن تتحقق أمنيتها تغمدها الله بواسع رحمته.
- إلى أولى الناس بمحبتي واحترامي أخواتي: عقيلة، لونجة، جميلة، ياسمينة، فازية، وإلى أولادهنّ : حسان، إيمان، يونس، زكرياء، إيمان، إلياس، ملاك، أسماء.
- إلى من أغدق علي بحبه وعطائه أخي الأغلى "محمد".
- إلى من تقاسمت معها المجهود في تثمين هذا العمل البسيط بالتوفيق والنجاح طيلة العام "بوزيد لويزة".
- إلى كل من عرفني وأحبني "الأصدقاء والأعزاء".
- هذا البحث هو مبلغ علمي فيما وصلت إليه، أقدمه لأساتذتي الأجلاء أصحاب المناقب والأقدار في ساحة العلم والعطاء، وما أنا إلا طالبة علم فإن كان علمي صوابا فذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، وإن كان خطأ فمن نفسي ومن الشيطان وأسأل الله العلي القدير أن يقع هذا العمل من أساتذتي الأجلاء موقع الرضا والقبول، وأن يسدوا الخلل بالصفح والنصح، فالله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه.

أنيسة ؟



- إلى من ربياني أبي وأمي
- إلى أختي سهيلة، وإخوتي: مقران، ماسينيسا، عصمان، مخلوف، أغيلاس
- إلى كل عائلة بوزيد و بوخنوفة

لويزة ؟

قائمة أهمّ المختصرات

باللّغة العربية:

- ط: طبعة.
- ج: جزء.
- مج: مجلد.
- ع: عدد.
- د.س.ن: دون سنة النشر.
- د.تا.ن: دون تاريخ النشر.
- د.ب.ن: دون بلد النشر.
- د.س.م: دون سنة المناقشة.
- ج.ر:الجريدة الرّسمية.
- ص ص: من صفحة إلى صفحة.

باللّغة الأجنبية:

- Op.cit : Référence précédemment cité.
- T : Tome.
- éd : édition.
- P :page.

مـــقـــدمـــة:

إنّ الطّابع الاجتماعي للفرد لا يخوّل لأيّ كان مهما أوتي من علم ومال أن يعتمد على نفسه في تدبير جميع شؤون معيشته نظرا لتعدد حاجياته وتنوّع متطلباته، لذلك كان لابد من أن يتعامل مع أفراد آخرين لتحصيل تلك الحاجات وتدبير تلك المتطلبات، وهذه حكمة الله في خلقه من أجل تحقيق التكامل والتلاحم بين بني البشر.

ولأن الفرد أناني بطبعه فهو يهدف إلى تحقيق مصلحته الخاصة دون مراعاة مصلحة الأفراد الآخرين، لذلك استدعى الأمر إيجاد وسيلة مشتركة وفعّالة تضمن قيام الفرد بالوفاء بما التزم به مع ضمان حقّه في الحصول على المقابل، وقد إهتدى العقل البشري إلى العقد كوسيلة لتحقيق ذلك.

يلعب العقد دورا هامّا في ميدان الحياة باعتباره أداة للتعامل بين الأفراد إذ يحقق تبادل المنافع بطريقة عادلة تتّفق مع السّلوك الحضاري للفرد، لأن الوضع في السّابق كان يتّسم بالفوضى، كما يلعب العقد دورا بارزا في تقدّم الشعوب إذ يساهم في النّهوض بالاقتصاد وبالتالي تطوّر المجتمع.

لقد أولى فقه القانون أهمّية كبرى للعقد على امتداد العصور، كما حظي باهتمام القرآن الكريم فاعتبره من المبادئ الأساسية وألزم المؤمنين على الوفاء به، و بقليل من التأمّل في آيات القرآن الكريم يلمح فيه أنّه زاخر بالآيات التي توجب الوفاء بالعهد وتتوعد بسخط الله لمن يخالفها من ذلك قوله عزّ وجلّ: ﴿**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا**﴾(سورة الإسراء، الآية 34)، وقوله تعالى: ﴿**والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون**﴾ (سورة المؤمنون الآية 8)، بالإضافة إلى ذلك فقد أولته معظم الدول مكانة بارزة في تشريعاتها من أجل ضمان استقرار المعاملات في المجتمع، ومن بينها التشريع

الجزائري الذي نظم أحكام العقد في التقنين المدني المعدل و المتمم[1]، حيث خصّص الفصل الثاني تحت عنوان العقد، من الباب الأول تحت عنوان مصادر الالتزام، من الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات و العقود وتطرّق فيه إلى تعريف العقد الذي يعتبر اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، كما نظم شروطه، إبطاله وبطلانه، آثاره وانحلاله، وقد أفرد قسم خاص لكل نقطة من ذلك.

و يقوم العقد على أساس الإرادة التي تنشئه وتحدد مضمونه وآثاره، ونظرا لأهمية الإرادة ودورها في إنشاء الالتزام العقدي فقد ظهرت كمبدأ هام سمّي بمبدأ بسلطان الإرادة، هذا الأخير نشأ في ظل النظام الفردي الذي يمجّد الفرد ويكرّس حرّيته.

ويتجلى دور الإرادة في تكوين العقد و آثاره، ففيما يتعلق بتكوين العقد فيظهر دور الإرادة في حالة إبرام العقد إذ تكفي الإرادة وحدها لإنشاء العقد دون الحاجة إلى شكلية معينة، فالأصل في العقود هو مبدأ الرّضائية، ويخرج عن ذلك كإستثناء ما يتطلبه القانون كشكلية معيّنة في بعض العقود، أما بالنسبة لمضمون العقد فيتجسّد دور الإرادة في حرية الأفراد في إبرام ما يشاؤون من العقود وتحديد مضمونها، وهم غير مقيدين في ذلك سوى بالاعتبار المتعلق بالنظام العام والآداب العامة.

أما فيما يتعلق بآثار العقد فيستخلص من مبدأ سلطان الإرادة نتيجة هامّة و هي مبدأ القوة الملزمة للعقد التي عبّر عنها المشرع في نص المادة 106 من التقنين المدني المعدل والمتمم بأن: "العقد شريعة المتعاقدين..." إذ تتمخّض عن تلاقي الإرادتين رابطة إلزامية

[1] - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 ه الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن التقنين المدني ، ج.ر، ع 78 ،الصادرة في 24 رمضان عام 1395 ه الموافق ل 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.

بينهما تحتّم على أصحابها تنفيذ ما اشتمل عليه العقد، فهو شريعتهم التي لا يستطيع أحدهما من حيث الأصل أن يعدل أو يفسخ محتواه بإرادته المنفردة.

إنّ القاعدة في العقد تقضي بأنّ هذا الأخير وجد لينفّذ، فكلا المتعاقدين علّقا وجوده على تحقيق مصالحهما، ويستوجب في تنفيذ العقد أن يتم بحسن النية، فيقتضي اختيار الوسائل التي تتفق مع الأمانة والنزاهة كما يقتضي التعاون بين أطراف العقد، وهذا ما جاء في سياق المادة 107 فقرة أولى من التقنين المدني المعدل والمتمم بأنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

ويعتبر العقد خير وسيلة لقيام علاقة أكثر عدلا بين الأطراف، لأنه أداة تندمج فيها إرادات هدفها تحقيق مصالحها، وقد صاغ الفقيه" FOUILLÉ Alfred " ذلك في عبارة وجيزة لها دلالة كبيرة: "فمن قال عقد، قال عدل"[1]، فالعقد يعبّر حقيقة عن وجود عدالة تعاقدية بين الطرفين متى تم إنشاءه بإرادة حرّة، لأنّه ليس من المعقول قبول التزام لا تتحقّق من خلاله مصلحة أحد أطراف العقد.

إلاّ أن الانطلاق من فكرة أن العقد يحقّق بالضرورة العدالة التعاقدية ينجر عنه نتائج منها ما عبّر عنها الفقيه "IHERING" أنّ: "القول بأنّ اتفاق الإرادتين يكون بالضّرورة عادلا معناه إعطاء رخصة صيد للقراصنة ورجال العصابات مع منحهم الحق في أخذ كل ما تقع عليه أيديهم، ويضيف أنّه: بين القويّ والضّعيف الحرية تستبعد والقانون هو الذي يحرر فما يصدق بالنسبة للمراكز المتساوية لا يصدق بالنسبة للمراكز غير المتساوية"[2]

---

[1] - MAGNAN Muriel -Fabre, droit des obligations, contrat et engagement unilatéral , 2ème éd, Thémis et PUF, Paris, 2010, p 58 : « Le philosophe "FOUILLÉ Alfred" (1838-1912), juriste du 19ème siècle, écrivait : qui dit contractuel, dit juste ».

[2] - نقلا عن نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2009، ص 41.

فالعقد قد تعتريه عقبات أو حالات تمسّ بتوازنه الاقتصادي، الذي قد تنشأ أثناء تكوين العقد أو أثناء تنفيذه، وفي مثل هذه الحالات يصعب التّسليم بأنّ العقد يحقق العدالة بين الطرفين.

إنّ التّمسك بالقوة الملزمة للعقد كمبدأ مطلق - حيث لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الإرادات التي أنشأته أو للأسباب التي يقررها القانون، كما يوجب على القاضي احترام العقد فلا يجوز تعديل ما اتفق عليه المتعاقدين بحر إرادتهما- دون النّظر إلى الظروف الخاصة التي قد يتواجد فيها المتعاقدين يؤدي إلى نتائج ظالمة، هذا الوضع أدّى في نهاية الأمر إلى ظهور فكرة التعديل، فقد منحت معظم التّشريعات ومنها التّشريع الجزائري للقاضي رخصة التّدخل من أجل معالجة مشكلة عدم التوازن الاقتصادي للعقد، بهدف إعادة الأمور إلى نصابها الصّحيح.

ومن بين الحالات الشّائعة التي يتدخل فيها القاضي في العقد حالة وجود ظروف طارئة تثقل كاهل المدين و حالة وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان، هذه الحالات تعتبر حدود لمبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث يخرج القاضي عن القاعدة التي تقضي بوجوب تنفيذ العقد دون تعديله إلا من طرف الإرادات التي أنشأته.

إنّ تدخل القاضي في العقد يعتبر من أدقّ الموضوعات وأكثرها صعوبة كون العقد يعتبر أهم مظهر للتّصرفات التي تنشأ عنها الالتزامات، و قد أثار تدخّل القاضي في العقد جدلا كبيرا في الفقه واستقطب اهتمامه، باعتباره مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يعتبر أهمّ المبادئ القانونية لأنّه يمثّل ذروة تقديس سلطان الإرادة المنشئة للالتزام.

كما تتّسم سلطة القاضي في تعديل العقد بخطورة باعتبارها خروج عن مهامه الأصلية التي تقتصر على تطبيق القانون الخاص للطرفين الذي يتمثل في العقد، وتفسيره

إذا كان محل لتأويله بالكشف عن نيّة الطرفين، فلا يجوز أن يغلّب إرادته لأنّ تفسير العقد ما هو إلا مظهر من مظاهر سلطان الإرادة حيث يتقيّد القاضي في ذلك بما قصدت إليه إرادة الطرفين.

إنّ التطرّق لحدود مبدأ القوة الملزمة للعقد كموضوع، من شأنه أن يبرز وظيفة القاضي و الدّور الإيجابي الذي يلعبه من خلال تدخّله لتعديل العقد، غير أنّ السؤال الذي يطرح في هذا المجال هو:

ما هو مبرّر تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة و الشروط التّعسفية ؟

وبالنّظر للمكانة البارزة التّي تحتّلها الظروف الطارئة في التشريعات و كذا أهميّة الأحكام التي تضمّنتها، بالإضافة إلى تطوّر طريقة التّعاقد وصولا إلى التّعاقد عن طريق الإذعان الذي ساد نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين والتّي إتّسمت بخصائص يمكن أن ينتج عنها شروط تعسّفية، لهذه الأسباب ستقتصر الدراسة في حدود الاستثناءين المتمثلين في: الظروف الطارئة والشروط التعسّفية في عقد الإذعان وعليه يقتضي تقسيم البحث إلى فصلين، يتم التطرّق في:

الفصل الأول: الظروف الطارئة.

الفصل الثاني: الشروط التّعسفية في عقد الإذعان.

الفصل الأول:

الظروف الطارئة

الفصل الأول: الظروف الطارئة

تتصرف آثار العقد إلى عاقديه، هذا ما يسمىّ بمبدأ نسبية التعاقد، لأنّ كلّ طرف في العقد قد حصر نطاق التزامه التعاقدي في جملة أداءات محدّدة يعلم مداها عند إبرام العقد، و على ذلك فهو يتضمن مبدأ احترام الحقوق و حرية الأفراد الّتي قامت بتحديد الالتزامات الناتجة عن العقد[1].

وإذا كانت القاعدة في العقد تقضي بأن هذا الأخير وجد لينفّذ فانّه يشترط في تنفيذه أن يتم بحسن النية[2]، و كما اتّفقت عليه الأطراف وهذا ما يعرف بالعقد شريعة المتعاقدين حيث لا يجوز لأحدهما الانفراد بتعديله أو نقضه، و لكنّ الأمر ليس بهذه السهولة أمام صعوبة تنفيذ العقد بسبب ظروف طارئة، لذلك تعد هذه الأخيرة استثناء لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وقد أدرج المشرع المصري أحكام الظروف الطارئة في الفقرة الثانية للمادة 147 من التقنين المدني المصري[3] بعد أن أورد في الفقرة الأولى من نفس المادة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويكون بذلك قد اعتبر الظروف الطارئة استثناء يرد على هذه القاعدة، بينما أدرج المشرع الجزائري أحكام الظروف الطارئة في الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني المعدل والمتمم كاستثناء لوجوب تنفيذ العقد بحسن النية، الذّي نص عليه في الفقرة الأولى من نفس المادة، في حين لا ينظر في تحقق نظرية الظروف الطارئة لحسن نية المدين أو سوئها، إذ أن المدين لا دخل له في حدوث الظروف الطارئة التي قد تحدث وهو حسن النية، فهي نظرية تقاس بمعيار مجرد لا بمعيار ذاتي. والبحث في

---

[1]- زواوي فريدة ، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992، ص 304.

[2]- تنص المادة 107 فقرة أولى من التقنين المدني المعدل والمتمم على:"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية".

[3]- التقنين المدني المصري الصادر بقصر القبة في 09 رمضان 1462 هـ الموافق لـ 16 يوليو 1948م، ج.ر، ع108 مكرر (1)، الصادر في يوم الخميس 22 رمضان 1462هـ الموافق لـ 29 يوليو 1947م. أنظر في ذلك: أسامة أحمد شتات، القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 02.

الظروف الطارئة يستدعي الوقوف عند مفهومها من جهة (المبحث الأول) واستعراض الوسيلة التي شرعت لمواجهة هذه الظروف الطارئة والتي تتمثل في منح القاضي سلطة تعديل العقد من جهة أخرى (المبحث الثاني) .

المبحث الأول:

مفهوم الظروف الطارئة

مرّت نظرية الظروف الطارئة بمراحل اتّسمت بالرّفض الشّديد[1]، ولكن انتهت في نهاية المطاف باعتراف معظم الدول لها بمكانة بارزة ضمن نظمها القانونية[2]، وقد نقلت معظم التّشريعات العربية عن التقنين المصري نظرية الظروف الطارئة[3] و من بينها التشريع الجزائري الذي كرّس النظرية وأفرد لها نص المادة 107 فقرة ثالثة التي جرى في سياقها: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب

[1]- انظر في التّطور التاريخي للنظرية: بولحية جميلة ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983 ص ص 13-53.
- محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص ص19- 69.

[2]- تقنين الالتزامات البولوني في نص المادة 269 منه، التقنين المدني الإيطالي الجديد في المادة 1467 منه، التقنين المدني الليبي المادة 2/147 منه. انظر في ذلك: محمد صبري السعدي، *الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة دراسة مقارنة بالقوانين العربية، ج1*، ط4، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2009 ، ص 304 .

[3]- جاءت صياغة المادة 2/147 من التقنين المدني المصري - التي جرت سياقها على النحو التالي: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة..." - مطابقة لمعظم التشريعات العربية، أنظر في ذلك: أسامة أحمد شتات، مرجع سابق، ص 37.

على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...".

إنّ دراسة نظرية الظروف الطارئة تقتضي تحديد تعريف الظروف الطارئة، ومناقشة الآراء التي قيلت بشأن أساسها القانوني (المطلب الأول)، ومع وجود بعض النظريات القانونية التي قد تتشابه مع نظرية الظروف الطارئة في بعض مظاهرها، كانت مسألة التمييز بعقد مقارنة بين النظرية محل الدراسة وباقي هذه النظريات المشابهة لها أمرا ضروريا (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تعريف نظرية الظروف الطارئة وأساسها القانوني

حظيت نظرية الظروف الطارئة كغيرها من النظريات باهتمام كبير من جانب الفقه، فبرزت محاولات لتعريف النظرية، كما أثير جدل كبير حول إيجاد أساسها القانوني، وفيما يلي سيتم التطرق لمختلف التعاريف الفقهية التي وضعت بشأن نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول) كما يتم عرض أساسها القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التّعريف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة

يترتب على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، أن الاتفاق الذي يعقد على وجه شرعي يقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديه[1]، فكلا المتعاقدين قدرا مصالحهما في ظل ظروف معينة، فالعقد وسيلة لجلب المنافع و مع ذلك قد تطرأ ظروف تكون مغايرة تماما

1 - L'article 1134 alinéa 1 er du code civil français : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » voir code civil Français, 102 ème éd, Dalloz, Paris, 2003.

للظروف التي أبرم فيها العقد، وهذا ما يعرف بالظروف الطارئة[1] وقد زاد الاهتمام بهذه الأخيرة باعتبارها استثناء لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

إنّ تسمية نظرية الظروف الطارئة بهذا الاسم فيه الدلالة الكافية على معناها حيث تفترض وجود عقد يتراخى تنفيذه، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف قد تغيرت تغيرا فجائيا، لم يكن متوقعا وقت إبرام العقد، فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه مرهقا للمدين حيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف[2].

و"تقوم نظرية الظروف الطارئة على فكرة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد في المرحلة اللاّحقة لتكوينه بفعل حادث استثنائي عام غير متوقع يطرأ بعد إبرام العقد، فيصبح التزام المدين مرهقا تلحق به خسارة فادحة إذا تم تنفيذه"[3].

و قد عرّفها "**حشمت أبو ستيت**": "بأنها كل حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول عند التعاقد ينجم عنه اختلال بيّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزاماته كما أوجبه العقد مرهقا إرهاقا شديدا، ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف"[4].

1- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric, les obligations l'acte juridique, T 1, 14ème éd, Sirey, 2010, p 381.

2- حمزة بن خدة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ص 1.
http://boubidi.blogspot.com/2011/05/blog-post-1.html#ixzz1h19frj4.

3- منذر الفضل، النظرية العامة، الالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الالتزام ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 280.

4- نقلا عن عبد الرحمان هزرشي ، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الشريعة و القانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2006، ص 14.

وعرّفها "**عبد الحميد عثمان محمد**" بأنها: "حوادث طارئة عامة، لم تكن متوقعة وقت التحمل بالالتزام العقدي المتراخي التنفيذ فتجعله مرهقا"[1].

كما عرّفها كل من " HESS-FALLON Brigitte " و "MARIE SIMON-Anne " بأنها: حوادث غير متوقعة تطرأ بعد إبرام العقد، تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد اختلالا فادحا وأمثلة الحوادث: حرب، أزمة...[2] .

كما تعرض "**عبد الرزاق أحمد السنهوري**" للمقصود بنظرية الظروف الطارئة بأن: "عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو آجال كعقد توريد ويحل أجل التنفيذ، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا"[3] .

من خلال هذه التعاريف يمكن التّوصل إلى أن جميعها تتّفق في أن الظروف الطارئة هي: حوادث استثنائية عامة لم تنشأ عن فعل المدين أو خطئه وغير متوقعة وقت إبرام العقد وتطرأ بعد تكوينه، تجعل التوازن الاقتصادي للعقد مختلا، ويصبح التزام المدين مرهقا، بما يهدده بخسارة فادحة، "وهذا يتعارض مع العدالة ونية المدين بحيث لو توقع حدوث تلك الظروف ما أقبل على إبرام العقد"[4] .

---

[1]- عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ج2، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1418ه الموافق ل 1995 م، ص 290.

[2]- HESS-FALLON Brigite et MARIE SIMON- Anne, Droit civil, 10ème éd, Dalloz , Paris, 2010, p 267.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ج1، مج1، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 705.

[4]- خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 76.

وممّا لا شك فيه أن أثر الظروف الطارئة وهو الإرهاق يحتاج إلى معالجة تزيح عن كاهل المدين ما ألم بالتزامه من عسرة، هذا ما كرّسه المشرع في المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم التي جرى في سياقها أنه: " ... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..."، إذ منح للقاضي سلطة تعديل العقد عند وجود الظروف الطارئة، من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد على نحو يحقق العدالة من جهة ويسمح باستمرار العقد وتنفيذه من جهة أخرى.[1]

أما عن أنواع الظروف الطارئة فلم تنص معظم التشريعات عن أمثلة تطبيقية للحوادث تاركة مهمّة ذلك للفقه والقضاء لأن الحوادث التي قد تطرأ بعد إبرام العقد وتؤثر في تنفيذ الإلتزام لا يمكن حصرها ومن أمثلتها ما يلي:

أولا: حوادث طبيعية: كالزلازل، البراكين، السيول، الفيضانات، والأوبئة...[2]

ثانيا: حوادث تعود لأفعال الإنسان: نشوب الحروب، قيام الثورات، والاضطرابات[3] إصدار تشريعات جديدة[4] مثل فرض تسعيرة جبرية أو إلغائها أو ارتفاع باهض في الأسعار أو انخفاض فاحش فيها.

ثالثا: وقائع مادية: منها كغرات الجراد، تعرض زراعة القطن للدودة...

---

[1]- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الجامعة، بيروت ، 2002، ص 352.

[2]- قرار صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993، ملف رقم 99694، اعتبر مرض الحمى الذي أصاب المواشي حادثا استثنائيا غير متوقع يجب الأخذ به ، المجلة القضائية، ع 1 ، 1994 ، ص 217،.

[3]- قرار صادر بتاريخ 12 جانفي 2000، ملف 21278، اعتبر الظروف الأمنية السائدة في منطقة الأخضرية لسنة 1994 ظروف استثنائية، المجلة القضائية ، ع 1، 2001، ص 114.

[4]- استقر قضاء محكمة النقض المصرية على اعتبار قانون الإصلاح الزراعي رقم 178 لسنة 1952 حادثا استثنائيا، أنظر في ذلك: رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2007، ص 225.

وقد أدّى التطور التكنولوجي والعلمي إلى ظهور أنواع جديدة من الحوادث الاستثنائية لم تكن معروفة من قبل كالتلوث البيئي، وانتشار الإشعاعات النووية، والغازات السامة، كلها ظروف قد تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية[1].

الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة

ظهرت الظروف الطارئة في فقه القانون كنظرية، وقد ثار خلاف حول أساسها القانوني فهناك من حاول تأسيسها على وجوب تنفيذ العقد بحسن النية(أولا)، و منهم من أسّسها على فكرة التّعسف في استعمال الحق (ثانيا)، و السبب (ثالثا)، و تارة أخرى على فكرة الإثراء بلا سبب (رابعا)، و على فكرة الغبن (خامسا)، أو فكرة النّية المشتركة للمتعاقدين (سادسا)، و هناك من أسسها على الشرط الضّمني الذي يقضي ببقاء الظروف على حالها (سابعا) وسيتم التعرض لهذه الأسس[2] فيما يلي:

أولا: مبدأ حسن النية كأساس لنظرية الظروف الطارئة

إستند جانب من الفقه الفرنسي إلى نص المادة 1134 فقرة ثالثة من التقنين المدني الفرنسي- التي تقضي بوجوب تنفيذ العقد بحسن نية[3]– لتأسيس نظرية الظروف الطارئة، فاعتبروا إصرار الدائن على تنفيذ الالتزام الذي صار مرهقا للمدين يفتقد لحسن النية[4] .

---

[1]- هزرشي عبد الرحمان ، مرجع سابق، ص 50.

[2] - BUFFELAN- LANORE Yvaine et LARRIBAU- TERNEYRE-Virginie, Droit civil, les obligations , 12ème éd, Sirey, 2010, p 372.

[3] - l'article 1134 alinéa 3 du code civil français : "Elles doivent être exécutées de bonne foi "

[4] - YILDIRIM Gulsen, Droit des obligations , 4ème éd, Bréal, Paris, 2010, p 105.

وقد انتقد هذا الأساس بحجة أن مبدأ حسن النية يفترض تنفيذ العقد متى كان صحيحا، لا أن يتعلل المدين بتغير الظروف[1] .

ثانيا: التّعسف في استعمال الحق كأساس لنظرية الظروف الطارئة

ابتكر المذهب الاشتراكي فكرة التعسف في استعمال الحق، الذي ينظر للحق على أنه وسيلة يسعى لتحقيق غاية يحددها المجتمع، فإن انحراف صاحب الحق عن هذه الغاية يكون قد تعسف في استعمال حقه، ولذلك فالدائن الذي يتمسك بضرورة تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي رغم ما يهدده من خسارة فادحة يكون متعسفا لانحرافه عن سلوك الشخص العادي، ويلتزم بتعويض المدين عن الضرر الذي يلحق بهذا الأخير على أساس المسؤولية التقصيرية[2] .

ولم تصمد فكرة التعسف في استعمال الحق كأساس لبناء نظرية الظروف الطارئة أمام الانتقادات منها:

أنه يفترض في التعسف وجود خطأ، وهذا الأخير غير وارد في نظرية الظروف الطارئة لأنها حوادث خارجة عن إرادة المتعاقدين ولا دخل لهما في حدوثها.

كما أن تطبيق نظرية الظروف يتطلب شروط مغايرة للحالات المنصوص عليها في نص المادة 124 مكرر من التقنين المدني المعدل والمتمم، فالدائن عند مطالبة المدين بتنفيذ الالتزام التعاقدي لا يقصد إيقاع الضرر بالمدين، إضافة لذلك قد يترتب على

[1]- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام ج1 ، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 109.

[2]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 87.

الاستعمال التعسفي للحق مسؤولية تقصيرية، بينما يترتب على الظروف الطارئة تدخل القاضي من أجل تعديل العقد[1] .

ثالثا: السبب كأساس لنظرية الظروف الطارئة

يرى بعض الفقه الفرنسي[2] أنه باسم العدالة والمصلحة الاجتماعية أصبح للعنصر المادي في العقد تأثير متزايد، بحيث يعد السبب منعدما في كل عقد لا يحتفظ بقدر معين من التوازن الموضوعي الذي يتمثل في التعادل بين قيمة الأداءات المتقابلة[3]، ممّا يستدعي تدخل القاضي من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

ويعاب على هذا الأساس أن اختلال التوازن بين الأداءات لا يكفي للقول بأن العقد ينقصه سبب، كما أنّ تخلف السبب في العقد، أو عدم مشروعيته يترتب عليه بطلان العقد وليس تعديله[4] .

---

[1] - عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998، ص 118.

[2] - منهم "كاسان" "CASSIN" ، انظر في ذلك: بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص 82.

[3] - YILDIRIM Gulsen, op cit, pp 105-106.

[4] - L'article 1131 du code français : " l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause , ou sur une cause illicite , ne peut avoir aucun effet " voir : code civil Français, 102 ème éd, Dalloz, Paris, 2003.
_ MULLER Michèle, droit civil, 4 ème éd, Faucher, Vanves, 2006, p 117.

رابعا: الإثراء بلا سبب كأساس لنظرية الظروف الطارئة

استندت هذه الفكرة على أساس أن قيام المدين بتنفيذ التزامه المرهق يؤدي إلى افتقار ذمته وبالمقابل يؤدي ذلك إلى إثراء ذمة الدائن، ممّا يستوجب تدخل القاضي في العقد لمنع إثراء الدائن على المدين بدون سبب[1].

وقد تعرض هذا الأساس بدوره للنقد، فإعمال قاعدة الإثراء بلا سبب يتطلب توفر شروط تتمثل في افتقار ذمة أحد المتعاقدين، وإثراء ذمة المتعاقد الآخر، دون أن يكون لهذا الإثراء سبب قانوني، والقول في هذا المقام أن تمسك الدائن بوجوب تنفيذ العقد لا يعد بطلبه مثريا على حساب المدين بدون سبب مشروع، فالسبب القانوني موجود وهو يتمثل في العقد الذي أبرم بين الطرفين[2] .

خامسا: الغبن كأساس لنظرية الظروف الطارئة

يقوم الغبن على عدم التعادل بين القيمة المالية للأداءات في العقد[3] ، فإذا كان القانون يمنع الغبن عند إنشاء العقد فيجب أن يمنعه أيضا عند تنفيذه، و عليه تستند نظرية الغبن ونظرية الظروف الطارئة إلى فكرة واحدة و تشتركان في هدف واحد وهو جعل التزامات الأطراف في العقد متوازنة[4].

---

[1]- بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص ص 88-89.

[2]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 86.

[3]- توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966 . ص ص 215- 216.

[4]- رباحي احمد ، «المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق دراسة مقارنة»، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، كلية العلوم القانونية والإدارية، ع 3، جامعة الشلف، 2010، ص 22.

- YILDIRIM Gulsen, op cit, p 105.

وقد تعرضت نظرية الغبن التقليدية لانتقادات شديدة تتمثل في أن تقدير الغبن يكون بالرجوع إلى وقت إنشاء العقد، فينظر إلى قيمة الأداءات وقت التعاقد، و عليه إذا كانت قيمة الأداءات متكافئة وقت التعاقد فلا يعد ذلك غبنا، أما تقدير عدم التعادل في نظرية الظروف الطارئة فيكون وقت تنفيذ العقد[1]، وعليه فإن لنظرية الغبن ونظرية الظروف الطارئة وقتين مختلفين.

وإذا فشلت نظرية الغبن كأساس لنظرية الظروف الطارئة، فإنه قد حاول جانب من الفقه الفرنسي البحث عن فكرة متفرعة عن الغبن وهي ما أطلق عليها "بالغبن اللاّحق" وتقديمها كأساس لنظرية الظروف الطارئة، وتقوم فكرة الغبن اللاّحق على عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين، الذي يطرأ في الفترة ما بين الاتفاق على جميع شروط العقد وحصول الأمر الذي يتوقف عليه الانعقاد النهائي للعقد بسبب حدوث ظرف طارئ"[2].

ولم تسلم فكرة الغبن اللاّحق من النفور إذ تعرضت لانتقادات شديدة منها: أن فكرة الغبن اللاّحق لا جديد فيها، فالغبن نشأ معاصرا للعقد وقد سمي بالغبن اللاّحق، لأنّ الظروف الطارئة حدثت بعد الوعد بالتعاقد وقبل إبرام العقد النهائي، وعليه تعتبر فكرة الغبن اللاّحق محاولة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة تحت ستار الغبن .

سادسا: النية المشتركة للمتعاقدين كأساس لنظرية الظروف الطارئة

حاول جانب من الفقه الفرنسي[3]، تأسيس نظرية الظروف الطارئة على فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، واستندوا في ذلك إلى "نص المادة 1156 من التقنين المدني الفرنسي

---

[1]- عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص 114.

[2]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 80.

[3]- من بينهم الفقيه "Fyot"، أنظر في ذلك: بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص 84.

التي تقضي بأنه عند تفسير العقد يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ"[1]، فالعقد الذي يتم تنفيذه في ظل الظروف الطارئة التي تؤدي إلى اختلال توازنه الاقتصادي، لا يتوافق دون شك مع نية المتعاقدين خاصة المدين الذي يتعرض للإجحاف، فنيّة المتعاقدين انصرفت عند إبرام العقد إلى أن هذا الأخير ينفذ كما اتفقا عليه طالما ما دامت الظروف التي تم إبرام العقد فيها لم تتغير[2] ، و إلاّ يستدعي الأمر تدخل القاضي من أجل تعديل العقد.

ويعاب على هذا الأساس أن نص المادة 1156 من التقنين المدني الفرنسي لا يتعلق بالبحث عن نية المتعاقدين في مدى إمكانية تنفيذ العقد في ظل الظروف الجديدة التي تعتبر مغايرة عن ظروف ابرام العقد، كما أنّ قواعد التفسير تقضي بعدم جواز الانحراف عن عبارة العقد إذا كانت واضحة، فيتعين تطبيق بنود العقد مهما تسبّبت من إرهاق لأحد المتعاقدين[3]

سابعا: الشرط الضّمني ببقاء الظروف كأساس لنظرية الظروف الطارئة

يمكن تعريف الشرط الضمني ببقاء الظروف "Clause Rebus Sic Stantibus" بأنه: "أمر نفسي يقضي بأن تنفيذ العقد متوقف ببقاء الأمور على ما هي عليه وإلا أعيد النظر في أداءات العقد"[4]، ومعنى ذلك أن الشرط الضمني عبارة عن تحفظ ذهني يختلج نفسية المتعاقدين، مؤداه أنّهما يشترطان لنفسيهما الحق في طلب إعادة النظر في التزامات

1- L'article 1156 du code français : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractante, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » voir : code civil Français, 102ème éd, Dalloz, 2003, Paris.

2- BENABENT Alain, droit civil, les obligations , 12ème éd, éd Montchrestien lextenso, Paris, 2010, p227.

3- بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص 85.

4- جميلة بولحية ، مرجع سابق، ص ص 15-17.

العقد إذا تغيرت ظروف إبرام العقد عن ظروف تنفيذه بحيث تجعل التزام المدين مرهقا تعدم التوازن الاقتصادي للعقد[1] .

ويرى "**محمد محي الدين إبراهيم سليم**" أنّ خطوات الشرط الضمني تبدأ أثناء إبرام العقد، إذ يدور في ذهن المتعاقد أن الظروف ربما قد تتغير عمّا هي عليه الآن و قد يحمل من أمره مشقة وعسر، إلاّ أنه يشفق من هذا الاحتمال وكما تصوره ذهنيا يستبعده كذلك، ويظهر إلى جواره شعور مؤداه أن طلب إعادة النظر في أداءات العقد في هذه الحالة يصبح أمرا تفرضه العدالة وحسن المعاملة، ويسود نفس الشعور لدى المتعاقد الثاني، وهكذا يتواجد المتعاقدين أمام اتفاق صريح ظاهر في العلن و يتمثل في العقد المبرم بينهما، واتفاق آخر ضمني مضمر في نفسية كل منهما يتعلق بإعادة النظر في أداءات العقد إذا حدثت ظروف طارئة [2] .

ممّا تقدم يمكن استخلاص أن الأساس الذي يناسب نظرية الظروف الطارئة هو الشرط الضمني ببقاء الظروف و ذلك يستند إلى الاعتبارات التالية :

إنّ القول بأنّ نظرية الظروف الطارئة تتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، فهذا مجرد تعارض ظاهري، لأن الشرط الضمني يزيل هذا التناقض فمبدأ لزوم العقد هو نتاج إرادات الأطراف، والشرط الضمني هو أمر مضمر في نفسية المتعاقدين، و عليه يكون مبدأ لزوم العقد والشرط الضمني كلاهما من مصدر واحد[3] .

---

[1] - YILDIRIM Gulsen, Op cit, p106.

[2] - محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص ص 120- 129 .

[3] - محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 129.

ردّد جانب من الفقه الشرط الضمني ببقاء الظروف أمثال الفقيه "**شيشرون**" إذ جاء في قوله أنه: "عندما يتغير الزمن يتغير الواجب"[1] وكذلك الفقيه "**سينيك**" في قوله: "إنّني لا أعتبر حانثا لعهدي ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء، إلاّ إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي ثم لم أنفذه، والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حرا في أن أناقش التزامي من جديد ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي"[2] .

المطلب الثاني:

مقارنة نظرية الظروف الطارئة بالنظريات المشابهة لها

انطلاقا من مختلف التعاريف التي وضعت بشأن نظرية الظروف الطارئة[3]، يمكن استخلاص المعايير التي تقوم عليها وآثارها، و مع وجود نظريات أخرى مثل: نظرية الغبن ونظرية القوة القاهرة ونظرية الاستغلال فإنه قد يوجد تشابه و اختلاف بينها و بين نظرية الظروف الطارئة في نقاط عديدة .

وتظهر أهمية مقارنة نظرية الظروف الطارئة بالنظريات المشابهة لها في تحديد معايير كل نظرية على حدى، وضبط الحالات التي يستلزم اللجوء إليها، وبالتالي التطبيق السليم لأحكام النظرية الواجبة التطبيق على المسألة المطروحة .

---

[1]- نقلا عن بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص 14 .

[2]- نقلا عن بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص 15.

[3]- سابقا، ص ص 15-18 .

وسيتم التطرق لمقارنة نظرية الظروف الطارئة و نظرية القوة القاهرة (الفرع الأول)، نظرية الظروف الطارئة ونظرية الغبن(الفرع الثاني) و نظرية الاستغلال(الفرع الثالث) فيما يلي:

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة

ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري أنه: "لما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة، نظرية حديثة النشأة أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها"[1]، ويؤكد هذا أن هناك أوجه التقاء بين النظريتين بالفعل تمثل حائطا مشتركا بينهما، دون أن يؤدي ذلك إلى الخلط أو التطابق بينهما ويمكن إجمال ذلك من خلال فكرتين:

أولا: حادث فجائي خارجي لا ينسب إلى المدين و غير متوقع حدوثه وغير ممكن دفعه

I - تتفق كلا النظريتين في أن الحادث الذي يمكن وصفه بالظرف الطارئ هو ذاته ما يمكن تسميته بالقوة القاهرة، فالحرب مثلا يمكن أن تكون قوة قاهرة إذا نتج عنها استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام، أما إذا اقتصر أثرها في إمكان تنفيذ الالتزام لكن إلى حدّ الإرهاق[2].

II- تتفق كلا النظريتين في أوصاف كل منهما فيشترط في الحادث أن يكون غير متوقع، و أن يكون أجنبيا أي لا ينسب إلى المدين و أن يستحيل دفعه[3].

---

[1]- نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج1، مرجع سابق، هامش ص 823.

[2]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 531.

[3]- تنص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل و المتمم:" ...لم يكن في الوسع توقعها " و تنص المادة 127 من التقنين المدني المعدل و المتمم:"...قد نشا عن سبب لا يد له فيه "

III- كما تشتركان في وقت إعمال أحكام النظريتين، إذ لا يعتد بأثر القوة القاهرة ولا بالظرف الطارئ إلا إذا كان كل منهما غير متوقع وقت إبرام العقد وهذا أمر منطقي إذ يشتركان في عنصر المفاجأة[1].

ثانيا: الظرف الطارئ هو حادث عام يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي ممكنا ولكن يكون مرهقا بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، مما يسمح للقاضي في هذا الوضع بتعديل الالتزام التعاقدي، ولا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين وحده تبعة الظرف الطارئ، أما القوة القاهرة فهي حادث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، مما يؤدي إلى انقضاء الالتزام وفسخ العقد، وبالمقابل يمكن الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة .

I- تختلف كلا النظريتين من حيث استغراق الحادث، فيشترط في الظرف الطارئ أن يكون عاما بمعنى أن يمس طائفة من الناس، ولا يكون خاصا بالمدين كإفلاسه أو مرضه أما القوة القاهرة فلم تأخذ بشرط العمومية، وعليه يطلق على حادث غير متوقع وليس بالإمكان دفعه وترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام وصف القوة القاهرة ولو كان يمس سوى المدين[2] .

II- تختلف كلا النظريتين من حيث نطاق التطبيق فنظرية الظروف الطارئة تطبق إذا كان هناك عقد يربط بين الطرفين وبالتالي لا مجال لتطبيق النظرية إذا لم يكن هناك عقد، أما نظرية القوة القاهرة ففضلا عن تطبيقها في مجال المسؤولية العقدية فإنّها تطبق كذلك

[1]- أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، د.د.ن، د.ب.ن، 1993، ص 369.

[2]- ورد في نص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل و المتمم عبارة "حوادث استثنائية عامة" بينما لم تشترط المادة 127 من التقنين المدني المعدل والمتمم أن يكون الحادث عام.

في مجال المسؤولية التقصيرية[1]، ففي مجال المسؤولية العقدية ورد في نص المادة 121 من التقنين المدني المعدل والمتمم عبارتين هما "في العقود الملزمة للجانبين" و"استحالة تنفيذه" واستحالة التنفيذ المقصودة من السّياق في هذه الحالة هي التي تكون بسبب أجنبي لا يد للمدين و لا شك أنّ القوة القاهرة هي أهمّ مظاهر السبب الأجنبي، أمّا في مجال المسؤولية التقصيرية فتوجد تطبيقات لها مثلا في المادة 127 من التقنين المدني المعدل والمتمم حيث لايلتزم الشخص بالتعويض إذا اثبت أنّ الضرر قد نشا عن سبب لا يد له فيه[2] .

III - تختلف كلا النظريتين من حيث تأثير الحادث على تنفيذ الالتزام التعاقدي، إذ يترتب عن الظروف الطارئة إصابة المدين بإرهاق في تنفيذ التزامه بحيث يهدده بخسارة فادحة، دون أن يصل إلى درجة استحالة تنفيذه، فهو يستطيع تنفيذ التزامه لكن بشيء من الصعوبة والإرهاق وهذا ما جاء في سياق المادة 107 فقرة ثالثة، أمّا القوة القاهرة فتجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا حيث ورد في المادة 307 من التقنين المدني المعدل والمتمم [3] .

---

[1]- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام العقد، الارادة المنفردة و العمل غير المشروع الاثراء بلا سبب القانون مصدران جديدان للالتزام:الحكم و القرار الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005 ، ص ص 252- 253.

[2]- تنص المادة 121 من التقنين المدني المعدل والمتمم :"في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ..." و تنص المادة 127 من التقنين المدني المعدل والمتمم:" إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشا عن سبب لا يد له فيه...".

[3]- تنص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم على:"... وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا..." وتنص المادة 307 من التقنين المدني المعدل والمتمم على: "... إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبي عن إرادته"

IV- تختلف النظريتين من حيث الجزاء، إذ يترتب على توفر شروط الظروف الطارئة، تدخل القاضي في العقد لتعديله وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أما جزاء توفر شروط القوة القاهرة هو انقضاء الالتزام كما يؤدي إلى فسخ العقد بحكم القانون[1] .

V- تختلف النظريتين من حيث الارتباط بفكرة النظام العام، فترتبط نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام إذ لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق مقدّما على استبعاد أحكامها وهذا ما قضت به المادة 107 في فقرتها الثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم بأنّه: "... يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وقد علّل اعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام بأنّ الجزاء في حالة السماح للمتعاقدين بمخالفته لن تكون له قيمة، فيتحمل المدين أثر الظرف الطارئ وحده، وهذا ضرب من الشروط التعسفية في عقد الإذعان تفاداه المشرع[2] ، أما القوة القاهرة فقد أجاز المشرع الاتفاق المسبق على أن يتحمل المدين أثر القوة القاهرة[3] .

VI - تختلف النظريتين من حيث تحمل تبعة الهلاك، فبالنسبة للقوة القاهرة فإن تبعة الحادث في العقد الملزم لجانبين يتحملها المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه، فيتحمل

---

[1]- ورد في سياق المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم عبارة :"...أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" وورد في المادة 307 من التقنين المدني المعدل والمتمم عبارة "ينقضي الالتزام" وورد في المادة 121 من التقنين المدني المعدل والمتمم عبارة "وينفسخ العقد بحكم القانون" .

[2]- بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص 9.

[3]- قضت المادة 178 فقرة أولى من التقنين المدني المعدل والمتمم على أنه: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة ".

المدين تبعة ما استحال تنفيذه، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فالدائن هو الذي يتحمل تبعة الهلاك[1] .

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة ونظرية الغبن

أولا: يحدث الغبن والظرف الطارئ اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، فيظهر عدم التعادل بين التزامات كل من المتعاقدين[2] .

ثانيا: يتطلب لإعمال نظرية الغبن أن يظهر الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد وقت إبرام هذا الأخير، ويختلف جزاء تحقق الغبن حسب الحالات المحددة في القانون، أما نظرية الظروف الطارئة فيظهر اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بعد إبرام هذا الأخير، ويكون جزاء تحقق الظرف الطارئ تعديل العقد من طرف القاضي.

I - تختلف كلا النظريتين من حيث وقت تقدير الاختلال، فيقدر الغبن وقت إبرام العقد، لأن الغبن يكون معاصرا له[3]، فينظر إلى قيمة أداءات طرفي العقد و عليه إذا كانت هذه الاخيرة متكافئة وقت التعاقد فلا يعتد بأي تغيّر يطرأ عليها بعد ذلك [4] .

---

[1]- فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الارادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الاثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2009، ص ص 45-46 .- خليل احمد حسن قدادة، مرجع سابق ص 23.

[2]- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، ج2 ، مج1 العقد، ط4، إيرتيني للطباعة، د.ب.ن، 1987، ص 407.

[3]- HESS-FALLON Brigite et MARIE SIMON- Anne, Op cit, p267 :
« IL ne faut pas confondre l'imprévision et la lésion, car dans ce dernier cas, le déséquilibre existait dès la conclusion du contrat ».

[4]- رباحي احمد ، مرجع سابق، ص 21.

أما في الظروف الطارئة فينظر إلى الاختلال الاقتصادي للعقد وقت تنفيذ هذا الأخير[1] ، وعليه يختلف وقت تطبيق كل نظرية، فإذا تحقق عدم التعادل بين الالتزامات وقت إبرام العقد ففي هذه الحالة تطبق نظرية الغبن، أما إذا ظهر الاختلال بعد إبرام العقد ففي هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الطارئة .

II - تختلف النظريتين من حيث الجزاء، فيتنوع الجزاء في نظرية الغبن إذ أورد المشرع جزاءات مختلفة بحسب كل حالة، فقد يتمثل في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس 5/4 ثمن المثل إذا صاحب بيع العقار غبن يزيد عن الخمس 5/1 ، وقد يتمثل في نقض القسمة الحاصلة بالتراضي والتي ألحقت بأحد المتعاقدين غبنا يزيد عن الخمس 5/1 [2] ، أمّا الجزاء في نظرية الظروف الطارئة فهو واحد و يتمثل في تعديل العقد، مهما تعدّدت طرق ووسائل التعديل كالزيادة في الالتزام أو الإنقاص منه أو وقف تنفيذ العقد[3] .

الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال

أولا : تقوم كلا النظريتين بمعالجة مشكلة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد برفع الإرهاق عن كاهل المدين .

---

[1]- إنّ الظروف الطارئة تطرأ بعد إبرام العقد، وعليه فاختلال التوازن الاقتصادي للعقد ينشا بعد إبرامه، وقبل ذلك كان العقد يتّسم بتوازنه الاقتصادي.

[2]- تنص المادة 358 فقرة أولى من التقنين المدني المعدل والمتمم على:"إذا بيع عقار بغبن يزيد عن خمس (1/5) فللبائع الحق في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل". و تنص المادة 732 فقرة أولى من التقنين المدني المعدل والمتمم:"يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس(1/5)...".

[3]- لاحقا ، ص ص 50 – 55.

I - تقوم كلا النظريتين بإعادة التوازن المختل في أداءات أطراف العقد، فيقوم القاضي بإعادة الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة تحقق الظرف الطارئ، ويقوم بإبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المستغل في حالة وجود استغلال[1].

II - يترتب على كلا النظريتين إصابة المتعاقد بحالة الإرهاق في تنفيذ الإلتزام، فيصاب المتعاقد بالإرهاق الذي ينجم عن الظرف الطارئ، و كذا يصاب المتعاقد المستغل بنوع من الإرهاق يتمثل في التفاوت الصارخ في التزامات كلا الطرفين بسبب استغلال الطرف الآخر لحالة الطيش البيّن أو الهوى الجامح لدى المتعاقد المستغل[2] .

III - إن في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال خروج بالقاضي عن حدود مهمته الاصلية، فهو لا يقتصر على تطبيق العقد أو تفسيره بل يتجاوز ذلك إلى حدّ تعديله [3] .

ثانيا: يقوم الاستغلال على عنصر نفسي ومادي، يكون إثباته أمرا عسيرا، أما الظروف الطارئة فهي واقعة مادية أو قانونية يكون إثباتها أمرا يسيرا.

I- يعتبر الاستغلال عيبا في الرضا وهو يتكون من عنصرين: الأول نفسي يتمثل في استغلال الطيش البيّن والهوى الجامح لدى الطرف المستغل، يكون العنصر النفسي مصحوبا بعنصر مادي يتمثل في عدم التعادل بين التزامات الطرفين[4] ، أما نظرية

---

[1]- تنص المادة 90 فقرة أولى من التقنين المدني المعدل والمتمم على:"... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، ان يبطل العقد او ينقص التزامات هذا المتعاقد" و تنص المادة107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم على:"...أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول..." .

[2]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ص 525-526.

[3]- عبد الرزاق احمد السنهوري ، ج1 ، مج1 ، مرجع سابق ، ص 829 .

[4]- أنظر في ذلك : توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 202.- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 408 .

الظروف الطارئة فليست كذلك، فهي واقعة قد تكون مادية أو قانونية، غير منسوبة لإرادة المتعاقدين[1] .

II- تختلف النظريتين من حيث شروط التطبيق، فيشترط في الاستغلال وجوب وجود طيش بيّن أو هوى جامح لدى أحد المتعاقدين، واستغلال المتعاقد الآخر هذا الطيش أو الهوى، وأن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، وأن ينتج اختلال فادح بين التزامات الطرفين، أما الظروف الطارئة فيشترط أن يكون حادث استثنائي عام ولا ينسب إلى أحد المتعاقدين، وأن يكون غير متوقع وليس بالإمكان دفعه، وأن يسبب إرهاق في تنفيذ المدين لالتزامه بحيث يهدده بخسارة فادحة [2].

III- تختلف النظريتين من حيث وقت تقدير الإختلال، ففي الاستغلال يقدر الاختلال الاقتصادي للعقد وقت إبرام العقد، أما في نظرية الظروف الطارئة فيقدر الاختلال بعد إبرام العقد[3].

IV- تختلف النظريتين من حيث الجزاء، فيجوز للقاضي في حالة الاستغلال- بناء على طلب المتعاقد المغبون- أن ينقص التزاماته أو يبطل العقد، ويجوز للقاضي بسبب الظروف الطارئة أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إما بإنقاص التزامات المتعاقد

[1]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 526.

[2]- خليل احمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص ص 66-67 .

[3]- بولحية جميلة، مرجع سابق، ص 12.- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 210.- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ص 413- 415 .

المرهق، أو زيادة التزام المتعاقد الآخر أو وقف تنفيذ العقد مؤقتا إلى حين زوال الظرف الطارئ [1] .

V- تختلف النظريتين من حيث الإثبات ، فيكون إثبات الاستغلال مهمة شاقّة ، إذ يجب على الطرف المستغل إثبات الوقائع التي أثّرت على رضائه ودفعته إلى قبول التعاقد، وهي طيشه البيّن أو هواه الجامح، وأن يثبت أن غبنا قد وقع عليه من النوع الذي يأباه كل ذي رضا سليم، وهذا أمر شاق وصعب ووجه الصعوبة فيه أن عناصر الاستغلال من الأمور النفسية، أما إثبات الظرف الطارئ فهو أمر أخف وطأة، إذ لا يخرج عن كونه واقعة مادية أو قانونية، إذ لا يقف المدعي وحده في ميدان الإثبات بل يتعاون معه الجميع ولعل هذا الأمر هو الفارق البيّن لتحديد مدى يسر الإثبات أو عسره[2] .

على ضوء ما تقدم يمكن استخلاص أن نظرية الظروف الطارئة و إن كان لها بعض الأوجه التي تتفق إلى حد ما مع النظريات المشابهة لها المتمثلة في نظرية القوة القاهرة و نظرية الغبن و نظرية الاستغلال، إلا أن ذلك لا يكفي للقول بأنها نظرية متماثلة مع إحدى هذه النظريات ، فهي نظرية مستقلة قائمة بذاتها و تنفرد بخصائص و أحكام خاصة بها .

[1]- تنص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم على:" ... أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ...." و تنص المادة 90 فقرة أولى من التقنين المدني المعدل والمتم:"... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد...".

[2]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 527.

المبحث الثاني

تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

تظهر أهمّية الظروف الطارئة في دور القاضي في تعديل العقد المنوط به إقامة العدل وصيانة الحقوق، ومادام القاضي يمثل حارس العدالة فإن الدور الممنوح له بسبب الظروف الطارئة يلزم عليه تحقيق التوازن بين أداءات أطراف العقد، ويعد تدخل القاضي في العقد خروج عن القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وهذا الاستثناء جعل المشرع يشترط تحقق شروط معينة لتدخل القاضي في العقد (المطلب الأول)، وبتوافر هذه الشروط تمنح للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بهدف تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

شروط تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

يرتبط تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ارتباطا وثيقا بنظرية الظروف الطارئة، فتدخل القاضي متوقف على تحقق الشروط التّي يمكن استخلاصها من نص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل و المتمم حيث جاء في سياقها أنّه: "...إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة..."، وعليه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ثلاثة شروط منها ما يتعلق بالالتزام التعاقدي، (الفرع الأول) ومنها ما يتعلق بالظرف الطارئ (الفرع الثاني)، ومنها ما يتعلق بأثر الظرف الطارئ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالالتزام التعاقدي

يعد الالتزام التعاقدي شطر من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة، و التساؤل الذي يدور في هذا الشأن هو حول مدلول هذا الالتزام التعاقدي، هذا الأخير يفترض فيه انّه التزام ناشئ عن العقد فالالتزامات الأخرى التّي لا تنشأ عن العقد لا تسري عليها أحكام النظرية[1]

كما يشترط في الالتزام التعاقدي أن يكون متراخي التنفيذ، إذ مفاد هذا الأخير أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ نفاذه، وهذا ما يتواجد غالبا في العقود الزمنية فهو الميدان الخصب لحدوث الظروف الطارئة وتأثيرها على الالتزام التعاقدي، ويستوي أن تكون العقود الزمنية مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار أو دورية التنفيذ كعقد التوريد.

كما تطبق النظرية على العقود الفورية التي لا يكون عنصر الزمن فيها جوهريا ولكن يتم تأجيل تنفيذها إلى آجال متتالية بموجب اتفاق أطراف العقد كتأجيل تسليم المبيع[2]، ويكفي أن يكون التزام المدين متراخي التنفيذ دون الالتزام المقابل[3] .

ولا تطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود التي يتراخى تنفيذ الالتزام التعاقدي فيها بسبب خطأ المدين، إذ لا يجوز للمدين الاستفادة من تقصيره، كأن يحل أجل الوفاء فيقوم

---

[1]- بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص 95.

[2]- يمكن بهذا استخلاص أن التراخي شرط غالب وليس ضروري، لان نظرية الظروف الطارئة تطبق على العقد الفوري، فمرور فترة زمنية ولو قصيرة بين لحظة إبرام العقد وقبل البدء في تنفيذه، قد يسمح بحدوث ظرف طارئ يؤثر في تنفيذ الالتزام التعاقدي.

[3]- يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 210.

الدائن بإعذار المدين بوجوب الوفاء فيتقاعس، فإذا حدث ظرف طارئ جعل تنفيذ الالتزام مرهقا فلا يجوز للمدين في هذه الحالة أن يتمسك بالنظرية للمطالبة بالتعديل[1].

و يشترط في الإلتزام ألاّ يكون ناشئا عن عقد احتمالي كونه عقد يحتمل بطبيعته الكسب والخسارة[2]، و كذلك لا تطبق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود التي يكون محل الإلتزام فيها نقودا[3].

أمّا فيما يتعلق بالعقود الملزمة لجانبين والملزمة لجانب واحد فقد ثار جدل حول مدى تطبيق أحكام الظروف الطارئة وبالرّجوع إلى نص المادة 107 في فقرتها الثالثة يلمح في ثناياها عبارة "وبعد مراعاة مصلحة الطرفين" فهي توحي بوجود تقابل بين الالتزامات، "ولكن ربّما هذا لا يمنع من تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود الملزمة لجانب واحد إلى جانب العقود الملزمة لجانبين، لأنه إذا كانت الحكمة من تكريس المشرع نظرية الظروف الطارئة هي إزالة الإرهاق عن كاهل المدين وتخفيف التزامه، فليس من العدالة أن يرفق بمتعاقد دون آخر لمجرد أن الالتزام التعاقدي الذي يتحمل به المدين لا يجد التزاما يقابله .

---

[1]- عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994، ص 179.

[2]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد و الارادة المنفردة ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 56.

[3]- تنص المادة 95 من التقنين المدني المعدل والمتمم: "إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

كما يشترط في الإلتزام التعاقدي ألاّ يكون قد نفذ عند حدوث الظرف الطارئ، لأنه بالوفاء ينقضي الإلتزام[1].

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ

لم يشأ المشرّع أن يجعل أي ظرف مهما كان مصدره أو نوعه سببا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وبالتالي فقد قيّد الظرف الطارئ بأوصاف معينة، و متى تحققت كان بالإمكان تطبيق أحكام النظرية، و هذه الأوصاف هي كالتالي:

أن يكون حادث استثنائي (أولا)، أن يكون حادث عام(ثانيا)، أن يكون غير متوقع حدوثه وقت إبرام العقد (ثالثا)، ومما لا يمكن دفعه أو تفاديه (رابعا) وأن يقع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه (خامسا).

و سيتم تحديد مدلول كل وصف من هذه الأوصاف تباعا :

أولا: حادث استثنائي

يمكن تعريف الحادث الإستثنائي بأنه: " الأمر الذي يندر وقوعه، فهو أمر غير مألوف لدى كافة الناس"[2]، إذ لا يقع مثله في العادة و " لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم"[3] و بالتالي يتعين استبعاد الظروف المألوفة، والحادث

[1]- قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر بتاريخ 30 ديسمبر 1962 بأن: "نظرية الظروف الطارئة إنما ترد على الالتزام الذي لم ينفذ أو على الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ فإنه ينقضي بالوفاء ويمتنع خضوعه لأحكام الظروف الطارئة". انظر في ذلك محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 439.

[2]- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 126. - علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 374.

[3]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 250 .

الإستثنائي يجب أن يؤخذ بمعناه الواسع[1] سواء كان مرده إلى الطبيعة أو كان مرده إلى الإنسان أو لأفعال مادية[2].

ويراعى الزمان والمكان في تحديد الحادث إن كان استثنائيا أم لا، فهطول الثلج في بلد أوروبي لا يعد حدثا استثنائيا، بينما يمكن أن يعد كذلك في بلد يتميز مناخه بحرارة شديدة طوال السنة كالإمارات العربية المتحدة، أو ما يحدث سنويا في مصر من تعرض زراعة القطن للدودة، والزلازل في اليابان، فهذه الحوادث مثلا اعتاد السكان على حدوثها في ذلك المكان وذلك الزمان[3].

و قد ينسب وصف الاستثنائية إلى آثار الظرف الطارئ دون النظر إلى طبيعته أو منشئه، فقد يكون الظرف في حد ذاته أمرا مألوفا، لكن ما يترتب عليه من آثار تبلغ حدا يتجاوز المألوف، كفيضان النيل فهو حادث مألوف لكن إذا فيضان كان عال قد أغرق مساحة واسعة من الأرض، ففي هذه الحالة ينطبق عليه وصف الاستثنائية[4]، من هنا يمكن استخلاص أن صفة الاستثنائية تشمل كذلك الآثار المترتبة عن الحادث وليس فقط على الحادث في حد ذاته[5] .

---

[1]- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 173.

[2]- سابقا ص18-19.

[3]- عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 126.

[4]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 355 . - بولحية جميلة، مرجع سابق، ص 113.

[5]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 374 :" تكون العبرة بالآثار الاستثنائية للحادث كما تكون للحادث نفسه وذلك لندرة وقوعه " .

ثانيا: حادث عام

اشترط المشرع صفة العمومية في التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم إذ ورد في نص المادة 107 فقرة ثالثة عبارة " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة "، ويقصد بالعمومية أن يكون الحادث شاملا لطائفة من الناس كفئة التجار أو الصناع، الفلاحين، أو الحرفيين، أو يشمل مكانا معينا مثل مدينة، وعليه فإذا كان الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين وحده كإفلاسه أو مرضه، وفاته، إضراب عمال مصنعه، هلاك بضاعته، حريق محصوله أو تسمم مواشيه، فمثل هذه الحوادث يقتصر أثرها على المدين ولا تمس فئة معينة من الناس و بالتالي لا تسري أحكام النظرية في هذه الظروف[1] .

إنّ وصف العمومية وعدم جواز الاعتداد بالظروف الخاصة بالمدين فيه ضمان لعدم الغش من جانبه[2]، كما أن الهدف من اشتراط وصف العمومية هو عدم إطلاق العنان للنظرية حتى لا تتزعزع كثيرا القوة الملزمة للعقد[3] ، وقد تعرّض وصف العمومية لانتقاد شديد إذ أنه يتعارض مع الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة وهي تحقيق العدالة التي تقضي برفع الإرهاق عن كاهل المدين، فإذا قيّد الحادث الاستثنائي بوصف العمومية، امتنع تحقيق تلك الغاية في حالات كثيرة قد لا يكون الحادث الاستثنائي فيها عاما، و قد قدّم "**هزرشي عبد الرحمان**" فرضية تتمثل في إلقاء قنبلة في حرب على مكان معين، ولم تصب سوى شخص أوجده حظه العاثر في ذلك المكان، فهل

---

[1]- أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص ص 173- 175.

[2]- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص229.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج1، مرجع سابق، ص 721 : " كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية فقط، ولكن لجنة المراجعة، رغبة منها في تضييق نطاق نظرية الظروف الطارئة، اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة " .

يطلب من هذا الشخص أن يبحث عن شركاء في محنته حتى تطبق نظرية الظروف الطارئة[1] .

ثالثا: حادث غير متوقع حدوثه وقت إبرام العقد

ورد في نص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم عبارة " حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها " فبالإضافة إلى وصفي الاستثنائية والعمومية يشترط أن يكون الحادث أيضا غير متوقع حصوله وقت ابرام العقد، وقد ذكر "**حسبو الفزاري**" المقصود بتوقّع الحادث بأنه: "العلم الراجح أو المحتمل بأن واقعة معينة ستحدث أو أنها لن تحدث في وقت تنفيذ العقد، بحيث يكون معلوما أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سيترتب عليه خلق صعوبة في تنفيذ العقد إلى حد الإرهاق"[2] .

إن عدم توقع الحادث يعني عدم توافر دلائل أثناء التعاقد تشير إلى احتمال وقوع الظرف الاستثنائي والتأثير على التزام المدين، فلو أن حربا مثلا كانت على وشك الاندلاع في وقت التعاقد، فلا يؤدي إلى إعمال النظرية لأنها كانت متوقعة[3] .

وقد ثار تساءل عما إذا كانت العبرة بعدم توقّع الحادث في حد ذاته، أم العبرة بعدم توقّع النتائج المترتبة عن الحادث؟ ولعل التطبيق السليم لنظرية الظروف الطارئة يقتضي الأخذ بعين الاعتبار عدم توقع الحادث، دون إهمال عدم توقع النتائج المترتبة عنه، لأنه

---

[1]- هزرشي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص ص 64-65 .

[2]- نقلا عن بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص 119.

[3]- عبد الحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص 294.

كما قد يترتب عن الحادث غير المتوقّع نتائج غير متوقّعة فإنه قد ينتج كذلك عن حادث متوقّع نتائج غير متوقّعة، وغير منتظرة[1] .

وفي سياق الحديث عن وصف عدم توقّع الحادث من عدمه، تثار مسألة هامة تتمحور حول مدى إسهام العلم الحديث في تطور مفهوم التوقع، فالبحوث العلمية و النشرات التي تذاع تباعا عن حالات الطقس والتوقعات المنتظرة، وما تصدره الأجهزة الخاصة برصد الزلازل والبراكين والأعاصير والعواصف، وكذلك نشرات الأخبار التي تذاع يوميا و ترصد كل ما من شأنه أن يقع من ظروف مثل: الحروب، الاضطرابات الأمنية، وكذا النشرات المختلفة لمجالات عديدة، منها نشرات اقتصادية حول الأسواق، والعملات وغيرها، فهذه الوسائل كلّها تساهم بشكل كبير في عنصر توقع الحادث، وعليه يمكن استغلال هذه المعطيات العلمية أو الإمارات للاستعداد لمواجهة ما يحمله المستقبل القريب في طيّاته[2] ، فلو أن منطقة ما توقع فيها حدوث فيضان لأمكن إخلاؤها مما فيها وبذلك يتم تفادي هلاك الثروة الحيوانية وغيرها ولأمكن تنفيذ التزام المدين دون كلفة أو مشقة وذلك بقليل من التبصر و متابعة نشرات الأحوال المناخية.

ويخضع تقدير مدى توقع الحادث من عدمه لسلطة القاضي التقديرية، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن: "...البحث فيما إذا كان الحادث الطارئ هو مما في وسع الشخص العادي توقعه أو أنه من الحوادث الطارئة مما يدخل في نطاق سلطة قاضي الموضوع طالما أقامها على أسباب مؤدية إلى ما انتهى إليه"[3].

---

[1]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 375.

[2]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ص 276-279.

[3]- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 228.

رابعا: حادث لا يمكن دفعه أو تفاديه

يجب ألا يكون في استطاعة المدين دفع الحادث الاستثنائي عن نفسه، و عليه اذا كان الحادث فان المدين يكون مقصرا، و بالتالي يتحمل مسؤولية تقصيره[1] ، و يخضع تحديد إمكانية الدفع أو استحالته لمعيار موضوعي وهو سلوك الرجل العادي الموجود في نفس الظروف التي وجد فيها المدين، وهذه مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع[2] .

خامسا: وقوع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه

يجب لإعمال نظرية الظروف الطارئة بالإضافة لما سبق ذكره[3]، أن يكون الحادث الاستثنائي قد طرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، فإن وقع الحادث قبل إبرام العقد يكون التزام المدين لم ينشأ بعد للبحث عن وسيلة لرده إلى الحد المعقول، بالإضافة إلى ذلك فأن المتعاقدين قد توقعا الحادث الاستثنائي، أما إذا وقع الحادث أثناء التنفيذ وقبل تمامه، فإنه يكون بالإمكان تعديل الالتزامات التي لم تنفذ بعد، بشرط ألا يكون التأخير راجع لخطأ المدين أو تقصيره، أما إذا وقع الحادث بعد تمام التنفيذ، فإن التزام المدين يكون قد انقضى بالتنفيذ ومن ثم فلا يؤثر الحادث فيه[4] .

---

[1]- يكون تفادي النتائج المترتبة عن الحادث الاستثنائي أو درئها بوسائل متعددة ، قد تكون بدفع أثر الظرف كلية، أو التقليل منه، كما قد يكون باتخاذ التدابير الوقائية، أنظر في ذلك: محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ص 256-258.

[2]- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن، ص 55.

[3]- سابقا، ص ص 36-43 .

[4]- عبد الحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص 295.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بأثر الظرف الطارئ

تنص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل و المتمم على: "...وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة..."، يتضح من ذلك انه يشترط في أثر الحادث الاستثنائي أن يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي: مرهقا(أولا)، دون أن يبلغ درجة استحالة تنفيذه(ثانيا)، كما يجب أن يهدد المدين بخسارة فادحة إذا قام بتنفيذه(ثالثا).

أولا: الإرهاق

لا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام ثقيلا للمدين، وإنما يجب أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا للغاية بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فمثلما يكون الحادث ذو طبيعة استثنائية، يشترط أيضا أن يكون أثره ذو طبيعة استثنائية، وبالرجوع لنص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل و المتمم يتبيّن أن المشرع قصد الإرهاق المتعلق بالعقد ذاته وليس بالمتعاقد، فيقدر القاضي الإرهاق في ضوء الالتزامات والحقوق التي رتّبها العقد دون النظر إلى الظروف الخاصة للمدين[1]، حيث لا يعتد بثروته أو فقره كما لو كان مصرف ، أو كان ما تعهد به من أعمال يتم تمويله مما سبق تخزينه في مخازنه الخاصة، فالمعيار إذن موضوعي و العبرة بالالتزام الخاسر دون الملتزم الخاسر، لان الغاية هو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد[2].

[1]- هزرشي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 67.

[2]- عبد الحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص 296.

وتقدير مدى الإرهاق مسألة موضوعية، يستقل بها قاضي الموضوع دون معقب عليه من المحكمة العليا طالما استند في حكمه إلى أسباب معقولة[1] .

ثانيا: عدم استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي

يجب أن يقف أثر الحادث على تنفيذ الالتزام التعاقدي عند حد الإرهاق فلا يتعداه إلى أكثر من ذلك فيجعله مستحيلا، لأن الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام[2] .

ثالثا: تهديد المدين بخسارة فادحة

لم يعين المشرع في المادة 107 فقرة ثالثة مقدارا حسابيا للخسارة الفادحة، تاركا أمر ذلك لسلطة القاضي في تقدير مدى فداحة الخسارة[3]، " و الخسارة الفادحة هي تلك التي تخرج عن حدود المألوف، وتجعل إلزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضربا من الظلم"[4].

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

رتّب المشرع على تحقق شروط الظروف الطارئة أثرا[5]، يتمثل في تخويل قاضي الموضوع سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويستمد القاضي سلطته في معالجة أثر الظروف الطارئة مما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 107 من

---

[1]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري و الفرنسي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 189.

[2]- عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص 59.

[3]- يرى القضاء المصري أنّ هبوط قيمة الشيء بمقدار الربع أو الثلث لا يعتبر خسارة فادحة، بينما هبوط قيمة المبيع إلى ما يقارب النصف يعد خسارة فادحة ، أنظر في ذلك: بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص ص 124- 125.

[4]- خديجة فاضل، مرجع سابق، ص 82.

[5]- سابقا، ص ص 36-45.

التقنين المدني المعدل والمتمم التي جرى سياقها على النحو التالي: "...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..."

ولا شك أن هذا التعديل قد أصاب عين الحق إذ تصبح سلطة القاضي من الاتساع والمرونة بحيث تسمح له باختيار الوسيلة المناسبة لرفع الإرهاق عن كاهل المدين وإنزال حكمه على القضية المطروحة (الفرع الثاني)، ورغم ما يظهر من اتساع في هذه السلطة ، إلا أن ممارستها تخضع لضوابط معينة من جهة (الفرع الأول) ومن جهة أخرى فقد قيّدها بحدود تمثل حاجز يجب ألاّ يتجاوزه وأن يعمل في حدوده (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ضوابط سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق

قيّد المشرع سلطة القاضي في تعديل العقد بضرورة مراعاة الضوابط التي يجب أن يحتذي بها عند رفع الإرهاق عن كاهل من ابتلي به وتتبيّن هذه الضوابط في الفقرة الأخيرة من المادة 107 من التقنين المدني المعدل والمتمم التي جرى سياقها على النحو التالي: "...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...".

وعليه تتمثل هذه الضوابط في: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية(أولا)، الموازنة بين مصلحة الطرفين(ثانيا) ومراعاة الحد المعقول في رد الالتزام المرهق(ثالثا).

و قبل الخوض في الحديث عن ذلك تجدر الإشارة أنه وردت في نص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم عبارة: "جاز للقاضي" هذه العبارة تثير التساؤل الآتي:

هل يراد بالجواز هنا أن للقاضي الخيار بين رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو رفض رد الالتزام المرهق رغم تحقق شروط الرد؟

يمكن تفسير عبارة "جاز للقاضي" بأنها لا تفيد منح القاضي الخيار في رد الالتزام المرهق أو رفضه وذلك للأسباب الآتية:

_" إنّ إفراد المشرع نصا لمعالجة أثر الظرف الطارئ، يعني انه لم يشأ أن يجعل مصيره بيد القاضي، فهذا الأخير ملزم بتعديل العقد إذا توافرت الشروط المقررة لذلك"[1] .

_ ورد نص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم كاستثناء على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" و كون المشرع قد استثنى مسألة معينة من قاعدة عامة، فإنه يقصد تطبيق أوصاف معينة و ضوابط محددة أفردها لنظرية الظروف الطارئة، فلا يسوغ القول بخيار الأخذ بأحكام هذه النظرية أو رفضها إذا توافرت جميع الشروط المطلوبة[2] .

و عليه يمكن استخلاص أن عبارة "جاز للقاضي" تفيد بأنها لا تعطي للقاضي سلطة الخيار في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو رفض رده، وإنما تعني منح رخصة بشرط تحقق شروط الظروف الطارئة وبمراعاة الضوابط المحددة[3]، وبعبارة أخرى فهي

[1]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص431 .

[2]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 378 :" إنّ عبارة "جاز للقاضي" لا يجب أن تفسر على أن القاضي غير ملزم بمراجعة العقد لان هذا تأويل غير صحيح و يتعارض مع غرض المشرع في استحداث نظرية الظروف الطارئة" .

[3]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 431 .

تجيز للقاضي عمل شيء معين إذا تبيّنت له شروط محددة [1]، واستعمال هذه الرخصة خاضع لرقابة المحكمة العليا من حيث توافر الشروط التي تبيح هذا الاستعمال[2].

أولا: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية

إنّ أول عمل يقوم به القاضي هو التحقق من وجود ظروف تحيط بالقضية و البحث في مدى توافر الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذ يقوم القاضي وفقا لسلطته التقديرية بإعطاء الوصف القانوني لتلك الظروف[3] وصفا يسمح إما بتطبيق النظرية أو استبعادها، فلا ينظر إلى الالتزام المرهق مجردا من الظروف المحيطة به، إذ أن هذه الأخيرة هي التي ساهمت في إضفاء وصف الإرهاق على الالتزام[4] ، وقد قصد المشرع من عبارة "تبعا للظروف" أن يكون تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حدود ما تكون عليه ظروف التنفيذ، فسلطته تتحرك في إطارها[5]، و بالتالي يستوجب عليه أن يتفحص هذه الظروف من أجل الوصول إلى الحل المناسب للقضية المطروحة.

---

[1]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 431 :" قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر بتاريخ 20 ديسمبر 1973 ما يلي: تعطي المادة 147 فقرة ثانية من القانون المدني القاضي رخصة يجريها عند توافر شروط معينة، وتقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدي الذي لم يتم تنفيذه إلى الحد المعقول، إذا كان تنفيذه مرهقا للمدين".

[2]- بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص 139.

[3]- إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني دراسة تحليلية نقدية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، د.س.م، ص 21.

[4]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 432.

[5]- سواسي نزهة ، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2008، ص 13.

ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين

إنّ إجراء الموازنة بين مصلحة الدائن والمدين ليست من المسائل الهيّنة، إذ أن القاضي يوازن بين مصلحتين متعارضتين، فمصلحة الدائن تقضي بوجوب تنفيذ المدين لالتزامه في الموعد المحدد وبالكيفية المتفق عليها، أما مصلحة المدين فتقضي بوجوب الأخذ بيده ورفع الإرهاق الشديد عن كاهله، حتّى لا يتحمل الخسارة الفادحة بمفرده.

ويتحلى القاضي بالموضوعية في قيامه بالموازنة بين مصلحة الطرفين ، فلا يتأثر بالظروف الشخصية للمدين أو الدائن، كما لا يجوز له أن يضحي بمصلحة أيّ طرف في العقد على حساب مصلحة الطرف الآخر[1] .

ويتحقق التوازن بين مصلحة المتعاقدين من خلال توزيع الخسارة الفادحة بينهما مع الإبقاء على الخسارة المألوفة في جانب المدين، فيتحمل كل منهما نصيبا من الخسارة الفادحة[2] ، ويؤدي ذلك إلى تحقيق المساواة بين الطرفين على نحو يقيم التوازن بينهما فلا يحصل كل منهما إلا على ما يستحقه، إذ لا مجال للإضرار بالمدين ولا للإثراء على حسابه[3] .

ثالثا: الحد المعقول لرد الالتزام المرهق

هذا الحد هو الذي يحقق العدالة ولا يتعارض مع المنطق، فبقدر الغنم يكون الغرم، وبقدر الكسب تكون الخسارة، والحد المعقول المذكور في نص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل و المتمم يعتبر معيارا مرنا، ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على

---

[1] - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد ج1 ، ط3، المركز العربي للمطبوعات، لبنان، 2003، ص 731.

[2] - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 190.

[3] - إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص 24.

حدى وللقاضي سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية وموازنة ظروفها ومصلحة كل طرف في العقد[1] .

الفرع الثاني: وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

إن وعاء النشاط التقديري لقاضي الموضوع هو واقع وقانون، هذا الواقع الذي يعمل القاضي بصدده بنشاط ذهني، يهدف إلى التأكد من مطابقته لمجموع الوقائع النموذجية الواردة في نص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم، ويتم ذلك من خلال وصف الظروف المحيطة بالقضية المطروحة وصفا قانونيا، يسمح بإعمال الأثر القانوني[2] في هذا النص الذي يتمثل في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ويقصد بلفظ "يرد"[3] الوارد في نص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم هو إعادة الوضع المختل إلى حالة التوازن التي كان يتسم بها العقد أثناء إبرامه[4] و رفع الإرهاق عن كاهل المدين و توزيع الخسارة الفادحة مناصفة بين المدين والدائن، بعد استبعاد الخسارة المألوفة إذ يتحملها المدين وحده، بما يحقق في ذلك العدالة بين طرفي العقد[5] .

---

[1]- سواسي نزهة ، مرجع سابق، ص 14.

[2]- إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص 20.

[3]- ورد في نص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم باللغة العربية لفظ "يرد" ، أما في النص باللغة الفرنسية من نفس المادة ورد لفظ "Réduire" أي "إنقاص" و يعني هذا الاخير أن سلطة القاضي تنحصر في إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، في حين أن للقاضي وسائل أخرى في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ولا شك أن لفظ « Réduire » لم يكن ليحقق المراد من الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة والتي تقررت لرفع الإرهاق.

[4]- عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص 62.

[5]- هزرشي عبد الرحمان ، مرجع سابق، ص 81.

ولم يحدد المشرع للقاضي الوسيلة التي يتم من خلالها رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والحكمة من ذلك هي تخويله نوع من المرونة والاتساع في اختيار الوسيلة المناسبة وفقا لما تقضي به العدالة، "لأن واجب القاضي ليس الخضوع الأعمى للقانون بل الخضوع الواعي له"[1] .

ويمكن حصر وسائل القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في:

إنقاص الالتزام المرهق (أولا)، زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق (ثانيا)، وقف تنفيذ الالتزام (ثالثا)[2]، كما سيتم البحث في نقطة تتعلق بمدى جواز فسخ العقد من طرف القاضي (رابعا).

وسيتم التعرض لكل وسيلة على حدة بالتفصيل المناسب فيما يلي:

أولا: إنقاص الالتزام المرهق

قد يرى القاضي أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يكون في إنقاص الالتزام المرهق، سواء من حيث المقدار أو من حيث المواصفات[3]، وسيتم التطرق إلى كل حالة مما يلي:

I-الإنقاص من مقدار الالتزام المرهق

يجوز للقاضي أن ينقص الكمية التي يلتزم بها المدين بالمقدار الذي يراه كافيا لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويضرب في ذلك مثال شهير يتمثل في أن تاجرا تعهّد

---

[1]- إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص17.

[2]- محمد محمي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق ، ص 441: " الوسائل المذكورة أعلاه هي ثمرة اجتهادات فقهية وقضائية، لم ترد ضمن أي نص قانوني آمر أو مكمل" .

[3]- عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص 63.

بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع الحلوى بسعر محدّد، ثم تضاءلت كمية السكر في السوق إلى حد كبير بسبب ظرف طارئ فأصبح من العسير على التاجر أن يورد جميع الكميات[1]، فلو عرضت الواقعة على القاضي فإن له أن ينقص من مقدار الالتزام الذي تعهد بأدائها التاجر فيكون هذا الأخير ملزم بتوريد الكميات التي عيّنها القاضي، ويجري العقد بما حكم به القاضي من تعديل[2] .

II- الإنقاص من مواصفات الالتزام المرهق

يكون الإنقاص من مواصفات الالتزام المرهق[3] بالسماح للمدين بتوريد نفس الكميات الملتزم بها في العقد، ولكن من صنف أقل جودة، فلو تعهد شخص بتوريد كميات محدّدة من سلعة ذات مواصفات معينة، ثم طرأت ظروف جعلت الحصول على تلك السلعة بتلك المواصفات بسبب نذرتها مثلا بما من شأنه جعل الالتزام بها مرهقا للمدين، فيسمح الإنقاص من مواصفات الالتزام الوفاء بنفس الكمية من السلعة ولكن من صنف أقل جودة من الميسور الحصول عليها دون إرهاق[4] .

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج 1، مرجع سابق، ص 726.

[2]- هزرشي عبد الرحمان ، مرجع سابق، ص 82.

[3]- يرى محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 442 :" أنّ في الإنقاص من الالتزام المرهق فيه تلاعب بمقدرات العقد، وتغيير في جوهر الالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدين، فليس من مصلحة الدائن الحصول على صنف أقل من الصنف المتفق عليه لأن نوعية السلعة قد تكون مقصورة لذاتها، كما لو كان صنف معين من النسيج، فلا يتوقع قبول المدين هذا الصنف من النسيج إذا كان مصنعه لا يستخدمه".

[4]- عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص ص 63-64.

ثانيا: الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق

قد يرى القاضي أن الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق من شأنه أن يحقق التوازن الاقتصادي للعقد، والقاضي في هذه الحالة لا يحمّل الدائن كل العبء الناشئ عن الظرف الطارئ، بل يزيد في التزامه بما يوازي نصف هذا العبء في شقّه غير المألوف ومن أمثلة ذلك، أن تاجرا التزم بتوريد طن ونصف من البطاطا لمطعم بسعر خمسين دينار للكيلوغرام الواحد، ثم ارتفع السعر إلى مئة وعشرين دينار نتيجة ندرتها بسبب الظرف الطارئ، وفي هذا المثال نجد أن الفارق بين السعر المتفق عليه وما وصل إليه هو سبعون دينار، ولا شك أن القاضي لا يوزع هذه الزيادة على الطرفين وإنما يقوم بخصم الزيادة المألوفة ليتحملها المدين وحده ولتكن ثلاثون دينار مثلا بمعنى أن سعر البطاطا لو بلغ إلى ثمانين دينار فإن ذلك أمر مألوف للتاجر ولا إرهاق فيه، فالتجارة قد تكون مكسب أو خسارة، ولكن غير المألوف هو باقي الزيادة وهي أربعون دينار، التي تقسم بالسّوية بين الدائن والمدين فيكون نصيب كل منهما عشرون دينار[1].

"وتبرّر الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق على أساس أن الظرف الطارئ يؤدي إلى إثراء الدائن على حساب المدين إثراء فاحش، مما يستدعي الزيادة من التزامه للتقليل من الإثراء"[2].

ويلاحظ أن إنقاص الالتزام أو الزيادة فيه، لا يختلفان من حيث النتيجة إذ يهدفان إلى تخفيف الإرهاق على عاتق المدين، كما لا يختلفان من حيث الضوابط إذ يتحمل المدين الخسارة المألوفة، كما أن إعمال الوسيلتين يكون بالنسبة للحاضر فقط ولا شأن

[1]- محمد محي الدين ابراهيم سليم ، مرجع سابق، ص ص 444 - 445 .

[2]- نقلا عن سواسي نزهة ، مرجع سابق، ص 16.

للقاضي في الالتزام الذي تم تنفيذه أو الذي سينفذ مستقبلا، فقد يزول أثر الظرف الطارئ وتعود للعقد قوته الملزمة[1]، كما لا يجوز إلزام الدائن على قبول ما حدده القاضي من تعديل إذ يخيّر بين القبول أو فسخ العقد[2] .

ثالثا: وقف تنفيذ الالتزام المرهق

قد يرى القاضي أن خير وسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، هي وقف تنفيذ الالتزام إلى حين زوال آثار الظرف الطارئ، ومثال عن ذلك أن يتعهد مقاول بتسليم مبنى في وقت محدد، ثم ارتفعت أسعار مواد البناء بسبب ظرف طارئ[3] فيحكم القاضي بوقف نفاذ التزام المقاول إلى حين زوال آثار الظرف الطارئ[4]، و قد تكون مدة الوقف محددة أو غير محددة ويشترط في وقف تنفيذ الالتزام المرهق أن يكون زوال الظرف الطارئ متوقعا، أما إذا كان من غير المتوقع زواله فلا جدوى عندئذ من وقف تنفيذ الالتزام، كما يشترط في وقت تنفيذ الالتزام ألا يلحق ضرر جسيم بالدائن[5] .

ولا يمس وقف تنفيذ الالتزام المرهق بمضمون العقد سواء بالزيادة أو النقصان إذ بزوال أثر الظرف الطارئ تعود للعقد قوته الملزمة مهما طالت المدة أو قصرت، فتبقى الالتزامات محتفظة بقيمتها ومقدارها[6] .

---

[1]- عبد الحميد شنيتي، مرجع سابق، ص 65.

[2]- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 234.

[3]- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص101 : " إنّ وقف تنفيذ التزام المدين هو نوع من نظرة الميسرة، لذا يشترط ألاّ تزيد مدة الوقف عن سنة طبقا للمادة 281 فقرة ثانية من التقنين المدني المعدل والمتمم" .

[4]- فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص 234.

[5]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 293.

[6]- عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص 66.

رابعا: مدى جواز فسخ العقد من طرف القاضي

يجمع معظم الشرّاح[1] على عدم جواز الحكم بفسخ العقد من طرف القاضي من تلقاء نفسه، كما لا يجوز له ذلك ولو كان بطلب من المدين، وحجّتهم في ذلك أن سلطة القاضي تقتصر على تعديل العقد دون فسخه، لأن في فسخ العقد تحمّل الدائن الخسارة الفادحة بمفرده وإعفاء المدين من التزامه، في حين أنّ الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو الإبقاء على العقد مع تخفيف الالتزام المرهق لإعادة توازن الاقتصادي .

بالمقابل فإنه يجوز للقاضي الحكم بفسخ العقد دون تعويض بناء على طلب الدائن إذا لم يرق له التعديل الذي أجراه القاضي، فهو قد يفضّل التخلي عن الصفقة و هذا دون شكّ سيكون في صالح المدين إذ يتخلص من الإرهاق في تنفيذ التزامه[2].

الفرع الثالث: حدود سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق

تبدو خطورة تعديل القاضي للعقد في استبعاد تطبيق مبدأ هام يتمثل في القوة الملزمة للعقد، هذا ما يستدعي البحث في مدى رقابة المحكمة العليا لقاضي الموضوع وهو بصدد تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، ويكون البحث في ذلك وفقا لنشاط القاضي في تطبيق المادة 107 السالف ذكرها من خلال ثلاثة مراحل : تتمثل الأولى في التحقق من الوقائع المدعّاة (أولا) أما الثانية فتتمثل في البحث عن التكييف القانوني للوقائع

[1]- منهم: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص360.- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص190. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج1، مرجع سابق، ص828.

[2]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 294.

التي تم إثباتها أو التأكد منها(ثانيا) وأما الثالثة فتتمثل في استخلاص النتائج القانونية من التكييف (ثالثا) [1] .

***أولا*: التّحقق من وجود الوقائع المدعاة**

يقوم القاضي في هذه المرحلة بمعاينة الوقائع المدعاة، و تظهر سلطة القاضي التقديرية في مدى توافر شروط الظروف الطارئة على أسس موضوعية، حيث تكون له سلطة تقدير ما إذا كان الحادث استثنائي وتقدير مدى عموميته، وعدم توقعه وإمكانية دفعه من عدمه، وتحديد مدى الإرهاق، و كذا تقدير الخسارة الفادحة التي ستلحق بالمدين[2] و كلّها مسائل وقائع تخضع لمطلق تقدير القاضي ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا [3].

ثانيا: البحث عن التّكييف القانوني للوقائع

يستجمع قاضي الموضوع في هذه المرحلة الوقائع التي انتهى إلى إثباتها أو التأكد منها لتشكل فكرة قانونية تستند إلى قاعدة قانونية معينة"[4]، و انطلاقا من المعاينة التي يجريها قاضي الموضوع على الوقائع في المرحلة الأولى يقوم بتكييفها بأنّها ظروف طارئة وفقا للمادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل و المتمم ، ولا يملك قاضي الموضوع سلطة تقديرية في إعطاء التكييف أو عدمه إذا توافرت جميع الشروط، فالخطأ في التكييف يعد خطأ في تطبيق القانون و يخضع لرقابة المحكمة العليا[5] .

---

[1]- وضع هذه الطريقة الفقيه "Bonnier"، أنظر في ذلك : إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص ص 64- 65.

[2]- فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص 234.

[3]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 414.

[4]- إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص 16.

[5]- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 501.

ثالثا: استخلاص النتائج القانونية من التّكييف

يترتب على تكييف الوقائع بأنها ظروف طارئة نتيجة قانونية وهي تدخل القاضي في العقد من اجل إعادة توازنه الاقتصادي، و يملك القاضي سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة المناسبة لتحقيق ذلك، و عليه أن يلتزم بالأثر الوارد في الفقرة الثالثة من المادة 107 السالفة الذكر المتمثل في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا[1] .

تجدر الإشارة أنه ورد في سياق المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم عبارة "يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، هذا ما يدل أن أحكام المادة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنّها متصلة بالنظام العام، وقد أجمع معظم الشرّاح[2] على أنّ الاتفاق المسبق لوقوع الظروف الطارئة يقع باطلا بطلانا مطلقا ويبقى العقد صحيحا، والعلّة من تقرير هذا الحكم هو أنه لو سمح بالاتفاق على استبعاد تطبيق المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم، لاستطاع المتعاقد القوي أن يملي على المتعاقد الضعيف هذا الشرط وبذلك تغدو الحماية صورية لا قيمة لها، كما أن العدالة تأبى أن يتحمل المدين تبعة الظرف الطارئ وحده[3] .

أما الاتفاق اللاّحق لوقوع الظروف الطارئة فهناك من الشرّاح[4] من يرى بجوازه، وحجّتهم في ذلك " انتفاء شبهة الضغط على المدين، فليست للدائن أيّة سلطة على المدين

---

[1]- فؤاد محمد معوض، مرجع سابق، ص 234.

[2]- من بينهم: أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص186.- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص260 .
- أنور سلطان، مرجع سابق، ص231.

[3]- هزرشي عبد الرحمان ، مرجع سابق، ص 88.

[4]- من بينهم: نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص294.

في إجباره على تنفيذ الالتزام في ظل هذه الظروف الطارئة، فيكون للمدين حرية التمسك بتطبيق أحكام المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم أو استبعادها، "لأن التّمسك بسلطان القانون أقوى من سلطان المدين"[1].

إنّ عبارة "يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" تستدعي تحديد طبيعة الاتفاق المخالف لأحكام نظرية الظروف الطارئة و التي تتمثل في استبعاد إمكانية تعديل العقد بسبب هذه الظروف، فينّفذ العقد كما اتفق عليه في ظلها دون تعديل .

[1]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 376.

نتيجة الفصل الأوّل:

إحتلّت الظروف الطارئة مكانا بارزا في التشريع بحكم إنسانيّتها وعدالتها، فهي تقوم على العدالة في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد عند تنفيذه، كما تميّزت أحكامها بالمنطق والسلاسة، ويرجع ذلك إلى أن القاضي يستند في معالجة أثر الظروف الطارئة إلى تطبيق مبادئ العدالة بأسمى معانيها حيث تقضي بوجوب المساواة بين الطرفين في الحقوق والالتزامات، وإزالة الضرر عن المدين إذا عجز عن المضي في موجب العقد بسبب الظرف الطارئ الذي لم يتوقعه أثناء إبرام العقد.

يسمح التعديل باستمرار العقد، حيث يحول دون انقضاءه أو فسخه، أو عدم تنفيذه و بالتالي تستمر العلاقة التعاقدية بين الطرفين وتستقرر المعاملات في المجتمع.

تستجيب نظرية الظروف الطارئة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة و هي ضرورة تحقيق المساواة بين المتعاقدين، من خلال منح القاضي سلطة تعديل العقد.

أثارت نظرية الظروف الطارئة نقاط عديدة ذات طبيعة استثنائية ، كونها تشكّل خروج عن مبدأ هام يسيطر على العقود وهو مبدأ سلطان الإرادة وما ينبثق عنه من مبدأ القوة الملزمة للعقد.

أكّدت نظرية الظروف الطارئة أنّ القوة الملزمة للعقد مبدأ غير مطلق يمكن الخروج عنه إذا اقتضت العدالة ذلك، بترجيح كفة العدالة عن كفة القوة الملزمة للعقد.

"تعبّر نظرية الظروف الطارئة عن فكرة العدالة في تنفيذ العقد"[1]، إذ ليس من العدالة أن ينفذ المدين التزامه بصورة مرهقة بسبب وجود ظرف طارئ لا يد له فيه .

إتّضح من خلال التطرّق لنظرية الظروف الطارئة أنّ القوة الملزمة للعقد مقيّدة بضرورة خدمة التوازن الاقتصادي للعقد واستقرار المعاملات، كما أنّ سلطة القاضي تقوم على أساس تحقيق التوازن بين مصلحة طرفي العلاقة التعاقدية وفقا لمقتضيات العدالة والإنصاف.

[1]- نقلا عن خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987، ص 81.

الفصل الثاني:

الشروط التعسفية

في عقد الإذعان

تقوم نظرية العقد على مبدأ سلطان الإرادة، الذي يمنح للأفراد الحرية في إبرام ما يشاؤون من العقود، وما يقيّد من ذلك سوى الاعتبار المتعلق بالنظام العام والآداب العامة، وتتم العقود من حيث الأصل على المفاوضة بحيث يقف المتعاقدين على قدم المساواة، على نحو يسمح لهما بمناقشة جميع الشروط ومساومتها، هذه المساواة بين أطراف العقد هي التّي تسمح بتحقيق التوازن بين الأداءات وبالتالي تحقق التوازن الاقتصادي للعقد.

ونظرا للتطور الاقتصادي وما نتج عنه من احتكار للسلع والخدمات فقد ضاق نطاق المساومة ليسمح ذلك بظهور نوع من العقود أصطلح عليه عقد الإذعان.

وقد أدرك المشرع مدى خطورة إطلاق يد الطرف القوي في مثل هذا النوع من العقود، لذا سعى إلى وضع نصوص قانونية يحمي بها الطرف الضعيف، وقد أفرد المشرع ثلاث نصوص قانونية تتعلق بعقد الإذعان، إذ عالج مسألة القبول في المادة 70 من التقنين المدني المعدل والمتمم، أما المادتين 110 و 112 فقرة ثانية من التقنين المدني المعدل والمتمم فتتعلقان بوسائل حماية الطرف المذعن، إذ يبقى صحيحا أن عقد الإذعان يعتبر أهم المجالات التي تؤدي فيها سيطرة الطرف المحتكر إلى توجيه العقد بما يخدم مصالحه دون مراعاة مصلحة الطرف المذعن[1].

من هذا المنطق سيتم التّطرق للحماية التي أقرّها المشرع للطرف المذعن عن طريق منح القاضي سلطة مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان (المبحث الثاني) وقبل الخوض في ذلك يتعيّن تحديد مفهوم عقد الإذعان (المبحث الأول).

[1]- تنص المادة 70 من التقنين المدني المعدل والمتمم على :"يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها" و تنص المادة 112 فقرة ثانية من التقنين المدني المعدل والمتمم على:"غير انّه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن". أمّا المادة 110 فسيتم تناولها لاحقا.

المبحث الأول:

مفهوم عقد الإذعان

نشأ عقد الإذعان نتيجة التّطور الاقتصادي الحديث، الذي سمح بظهور قوى هائلة توصّلت إلى هذا التّحكم عن طريق الاحتكار، وقد ساعد على ذلك كون عقد الإذعان يتعلق بسلع وخدمات ضرورية يتطلب لأدائها مجهودات كبيرة وأموالا طائلة لا تستطيع القيام بها إلا شركات ضخمة[1].

وقد أجمع الفقه على أن الفقيه الفرنسي "**ساليي**" "SALEILLES" هو أول من استعمل مصطلح "contrat d'adhésion" في كتابه " De la Déclaration de volonté" وهذه التسمية تعني "عقد الانضمام"، وهي مشتقة من فعل "adhérer" ومعناه أن يوافق شخص على قرار اتّخذه غيره[2]، أمّا مصطلح "عقد الإذعان" فإن"**عبد الرزاق أحمد السنهوري**" هو صاحب هذه التسمية، وهي أكثر دقّة من التّسمية السابقة لأن في الإذعان خضوع واضطرار في القبول، بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشتها[3].

إنّ التطرق لمفهوم عقد الإذعان يستلزم التّطرق لتعريف عقد الإذعان و طبيعته القانونية(المطلب الأول) هذا من جهة، و من جهة أخرى سيتم التعرض لخصائصه (المطلب الثاني) فيما يلي:

---

[1]- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990 ، ص3.

[2]- سواسي نزهة، مرجع سابق، ص24.

[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص123 .- عبد الرزاق احمد السنهوري، مج1 ، ج1 ، مرجع سابق، ص 244 و هامش ص 245.

المطلب الأول:

تعريف عقد الإذعان وطبيعته القانونية

يعتبر عقد الإذعان من بين المواضيع التي تعنى بالدراسات القانونية، إذ يجب بحثها بعناية كبيرة، كون عقد الإذعان يرتبط بدراسة العقد وأنواعه بصفة عامة، إلاّ أن له وضعا خاصا بالنسبة للنظرية العامة للعقد في حدود معينة، هذا الوضع المتميّز يستدعي تحديد تعريف عقد الإذعان ما دام أنّ المشرع ولم يعط تعريفا دقيقا ومفصلا و اكتفى بالحديث عن كيفية القبول في عقد الإذعان (الفرع الأول)، كما يستوجب التّطرق إلى خصائص عقد الإذعان (الفرع الثاني) وذلك كلّه فيما يلي :

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان

لم يجمع الفقه على تعريف واحد لعقد الإذعان، ومن بين التّعاريف التي وضعت ما يلي:

عرّف البروفسور " HESS-FALLON Brigitte " عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يتم تحريره من طرف متعاقد يكون محترف أو قوي اقتصاديا، ولا تكون للطرف الآخر سوى قبوله أو رفضه أو الانضمام إليه أو لا" ويضيف أمثلة بقوله: "عقد النقل، وعقد العمل بالنسبة لأغلبية الأجراء يكون بصفة عامة عقود إذعان"[1].

[1] - HESS-FALLON Brigite et MARIE SIMON- Anne, op cit , p217 : « Rédigé par un contractant le plus professionnel ou le plus fort économiquement l'autre ne pourra que l'accepter ou non, y adhérer ou non exemple : le contrat de transport, les contrats de travail pour la plupart des salariés sont très généralement des contrats d'adhésion » .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه اهتم بتحرير العقد الذي ينفرد بها الطرف القوي اقتصاديا أو المحترف دون مشاركة الطرف الآخر ، كما اهتم بطريقة انضمام هذا الأخير عن طريق الإذعان دون أن يتعرض لمحتوى هذا العقد .

أمّا البروفيسور " JEULAND Emmanuel " فقد عرّف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي سبق تحريره بصفة إنفرادية من أحد الأطراف، وهي عقود تبرم بين الخواص والمحترفين مثل: عقد التأمين"[1].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه اهتم بالإرادة المنفردة للمتعاقد الذي يقوم بتحرير العقد، واكتفى ببيان أطراف العقد دون تحديد من تكون له ميزة الإنفراد بوضع بنود العقد، وقد يفهم من ذلك أنّ الطرف الضعيف اقتصاديا أيضا يمكن أن يكون له هذا الامتياز، كما يلاحظ على هذا التعريف أنه مثل سابقيه إذ لم يحدد مضمون العقد الذي يتحدد به عقد الإذعان.

أمّا الفقيه "**ساليي**" "Salleilles" فيرى أنّ: "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرّف بصورة منفردة، وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محدّدة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد"[2].

يلاحظ على هذا التعريف أنّه اهتم بالإرادة المنفردة التّي تضع شروط العقد وكيفية انضمام الجمهور الذي وجّه إليه الإيجاب، وأغفل التّعرض لمضمون العقد.

---

[1]- JEULAND Emmanuel, Droit des obligatons , 3éme éd, Montcherestien lextenso , p 54 : « Les contrats d'adhésion sont ceux qui ont été pré rédigés par l'une des partes, ce sont les contrats entre les particuliers et les professionnels exemple : contrat dassurance »

[2]- نقلا عن لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص19.

كما عرّف "**محمد محي الدين إبراهيم سليم**" عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يبرم بين طرفين أحدهما يملي شروطه على الآخر الذي لا يملك إلا أن يقبل تلك الشروط أو يرفضها، دون أن تكون لديه حرية المساومة " [1].

وفي نفس السياق يعرف "**خليل أحمد حسن قدادة**" عقد الإذعان بأنه : "العقد الذي لا يملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة بما يتمتع به الطرف الآخر، بحكم وضعه القانوني أو الفعلي، بوضع بنود العقد في جملتها إلاّ حرية قبول العقد برمته أو رفضه برمته"[2].

من هذا التعريف يتضح أن حرّية الطرف الضعيف اقتصاديا ناقصة تقتصر على حرية قبول العقد دون مناقشته، وهذا يكون ناتج عن تمتع الطرف القوي اقتصاديا باحتكار فعلي أو قانوني، هذا الوضع يجعله يتمتع بميزة الانفراد بوضع بنود العقد.

أمّا "**عبد الحميد عثمان محمد**" فيعرّف عقد الإذعان بأنه: " العقد الذي لا يتحقّق في ظلّه مبدأ المساواة والتوازن العقدي، وهو الذي لا يمكن لأحد الأطراف مناقشة الطرف الآخر في الشروط التي وضعها في العقد، وليس له إلاّ أن يقبلها أو يرفضها، ويجب فوق ذلك أن يكون الطرف المذعن محتكر لخدمة أو سلعة تعد من الضروريات الأساسية ليس بالنسبة إلى فرد بعينه، وإنّما بالنسبة لجمهور النّاس وأن يكون الإيجاب موجّه إلى النّاس كافة وبشروط واحدة، وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة"[3].

يلاحظ من هذا التّعريف أن "**عبد الحميد عثمان محمد**" قد جمع بين الخصائص التي يتميّز بها عقد الإذعان ، إلاّ أنه لم يحدّد نوع المساواة التي لا يتحقّق في ظلها عقد

---

[1]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص27.

[2]- خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص27.

[3]- عبد الحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص52.

الإذعان فتنعدم المساواة الاقتصادية دون المساواة القانونية هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن القول بأنّ كل عقد يوصف بأنّه عقد إذعان لا يتحقّق فيه التوازن الاقتصادي إذ يبقى فقط كونه المجال الخصب لذلك، لان عدم التوازن الاقتصادي قد يتحقق في عقود أخرى غير عقود الإذعان.

وعرّف "**سليمان مرقس** "عقد الإذعان بأنه: " العقد الذي يقبل فيه أحد المتعاقدين ما يعرض عليه من شروط موضوعة من قبل المتعاقد الآخر، دون أن يسمح له بمناقشتها، وذلك لحاجته إلى التعاقد، ونظرا لما يتمتع به الطرف الآخر من احتكار فعلي واحتكار قانوني فالطرف المذعن له كامل الحرّية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد من حيث الظاهر، أما من حيث الواقع الفعلي فهو في حاجة إلى التعاقد، فلا شك أن قبوله يكون تسليما بشروط مفروضة عليه من قبل المتعاقد الآخر الذي يكون عادة قويّا اقتصاديّا، مما يسمح له بفرض شروطه"[1].

يتوافق تعريف "**سليمان مرقس**" تعريف "**خليل أحمد حسن قدادة**" بأن حرّية الطرف المذعن ناقصة، إذ تقتصر على القبول الذي يعتبر في حقيقة الأمر تسليم للشروط المفروضة عليه.

ويعرّف "**فاضلي إدريس**" عقد الإذعان: "بأنه العقد الّذي يكون فيه أحد الأطراف في مركز المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة موضوع التعاقد، مما يمكّنه من فرض شروطه على الطرف الآخر الذي لا يستطيع أن يناقش تلك الشروط أو يعدلّها ويقتصر

[1]- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص117.

دور الطرف الضعيف على قبول ما يعرض عليه من شروط، فيظهر أن الإرادتين غير متساويتين، فإحداهما تملي شروطها والأخرى تذعن"[1].

وبصدد الحديث عن القبول فإن "**عبد الرزاق أحمد السنهوري**" لم يعرّف عقد الإذعان واكتفى بالحديث عن وصف القبول الذي يكون: "بمجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلاّ أن يأخذ أو يدع، ولمّا كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه فهو مضطّر إلى القبول فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سمّيت هذه العقود بعقود الإذعان"[2].

وبذلك يرى " **عبد الرزاق أحمد السنهوري** "أنّ رضا الطرف المذعن لا ينعدم في عقود الإذعان وإنما يكون قبوله ناتجا عن حاجته إلى شيء لا يمكن الاستغناء عنه.

هذه هي بعض التّعاريف التّي وردت عن الفقه، أما في التّشريع الجزائري فلم يرد تعريف عقد الإذعان في التقنين المدني المعدل والمتمم، واكتفى المشرع ببيان كيفية حصول القبول في مثل هذه العقود حيث نصت المادة 70 من التقنين المدني المعدل والمتمم"[3] .

إنّ التّعريف المختار لعقد الإذعان هو كالآتي: "عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يسلم فيه القابل لشروط وضعها الموجب بإرادته المنفردة دون مشاركة القابل، ولا تقبل

---

[1]- فاضلي إدريس، مرجع سابق ، ص52.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 1، مج1، مرجع سابق، ص244.

[3]- يقابلها نص المادة 100 من التقنين المدني المصري: " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها "، أنظر في ذلك : أسامة أحمد شتات، مرجع سابق، ص26.

مناقشة فيها ولا تعديلها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو احتكار فعلي من طرف الموجب أو تكون محدودة النطاق"[1].

أمّا فيما يتعلق بأنواع عقود الإذعان فهي كثيرة إذ يستحيل حصرها، ومع ذلك فهناك عقود تعتبر أمثلة لما يصطلح عليه عقود الإذعان منها ما يورده الشرّاح على سبيل المثال لا الحصر:[2] عقد العمل في المصانع الكبرى، ولدى الشركات، عقد التأمين، عقد النقل البري، البحري، والجوي، عقد اشتراك الهاتف، عقد النّشر، العقد الذي تجريه البنوك...

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

إنّ تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود ومن بينها عقد الإذعان، لها أكثر من فائدة، إذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناجمة تتوقف على تحديد هذه الطبيعة[3] وقد أثار عقد الإذعان جدلا كبيرا، حيث اختلف الفقه في تحديد طبيعته القانونية كونه ينفرد بأسس تميّزه عن باقي العقود الأخرى، ويدور الاختلاف في الواقع حول التساؤل الآتي:

هل يعد القبول في عقد الإذعان قبولا حرا صادرا عن رضا بالعقد؟

4- HESS-FALLON Brigite et MARIE SIMON- Anne, op cit, p 217.

= أنس بن عبد الله العيسى، عقد الإذعان دراسة مقارنة، 1427هـ ، ص 05 .
http://www.imamu.edu.sa/..../

[2]- فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص276. - لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 119.

[3]- من بين هذه المشاكل منها مسألة المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك بمنح القاضي سلطة التدخل لمواجهة الشروط التي تتصف بالتعسف نظرا للخصائص التي يتميز بها عقد الإذعان ولا تتوفر في عقد المساومة.

وفي هذا الصّدد يقول "**عبد المنعم فرج الصّده**": "... كانت الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سببا في اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد "[1]

إنّ الوقوف عند الطبيعة القانونية لعقد الإذعان، يستوجب التّعرض لمختلف آراء الفقه التي قيلت في هذا الشأن، حيث انقسم إلى اتجاهين، الأول لا يعتبره عقد، إذ يرى أنّه مجرد مركز منظم لا يعدو أن يكون عقد حقيقي(أولا)، أمّا الثاني فيعتبره عقد حقيقي مثله مثل بقية العقود الأخرى (ثانيا)، و سيتم التعرض لذلك فيما يلي:

أولا: عقد الإذعان ليس عقد

ينكر أنصار هذا الاتّجاه[2] الصفة العقدية لعقد الإذعان ،إذ يرى أن العقد هو توافق إرادتين عن حرية واختيار، وكل منهما لا تتوافران في هذا النوع من العقود، وعليه فهو يخرج عن نطاق العقود[3]، و يضيف أنصار هذا الاتجاه بأنّ مبدأ سلطان الإرادة يتأسس على مبدأ الحرّية التعاقدية في إنشاء وتحديد مضمون العقد، كما أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يجيز من حيث الأصل لأحد طرفيه أن يستقل بنقضه أو تعديله، كما لا يجيز للقاضي التدخل في العقد بتعديله هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه لدى الحاجة إلى تفسير العقد وحيث يغم على القاضي الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يفسّر الشك لمصلحة المدين دون الدائن[4]، هذا كلّه يجد نطاقه الطبيعي في عقد المساومة، حيث تتيح ظروف سوق المنافسة القدرة على المناقشة والمفاوضة الحرّة بين طرفي العقد، أما في عقد الإذعان فإن ظروف السّوق الاحتكارية تضع مقدم السلعة أو الخدمة الضرورية في

[1]- نقلا عن لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص26.

[2]- على رأسهم الفقيه "سالي" وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل "ديجيه" و "هوريو" أنظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج1 ، مرجع سابق، ص247.

[3]- عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص 43 .- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج1، مرجع سابق، ص247.

[4]- كرّس المشرع ذلك في المادتين 106 و 112 من التقنين المدني المعدل والمتمم.

وضع استعلاء على مستهلكها الذي تنعدم لديه أية قدرة على المساومة قبالة الشروط الموحّدة التي يفرضها على المذعنين، بحيث يأتي قبوله أقرب ما يكون إلى التّسليم منه إلى المشيئة[1] .

كما يرى هذا الإتجاه في عقد الإذعان أنه مركز قانوني منظم[2] وحججهم في ذلك تتمثل فيما يلي:

- ينشأ عقد الإذعان بإرادة منفردة للطرف المحتكر فيكون عقد الإذعان بمثابة قانون، فهذا التصرف الذي يوصف بوصف العقد ليس إلا تصرفا قانونيا من جانب واحد، ذلك أن إرادة الموجب هي التي استقلّت بوضع بنود العقد ثم فرضته على الجانب المذعن الذي كان قبوله مجرد إذعان وإنصياغ، وقد شّبهت في غالب الأحيان نتيجة لقوّة إرادة محرر العقد بإرادة المشرع التّي تشرّع القوانين[3].

- يرى الفقيه "**ساليي**": " أن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجد مصدرها في توافق الإرادتين وإنما في الإرادة المنفردة التي تنفرد بتحرير العقد، وبالتالي فإرادة المذعن لا تنشئ التصرف وإنما تجعله منتجا فقط"[4]، وقد شّبه الفقيه "**ديرو**" الوضع بأنه: "عندما يكون القطار على سكّة الحديد ينتظر صفّارة رئيس المحطّة، فإن الإذن بالتحرّك لا يعني أبدا مشاركة الصفّارة في إنشاء الحركة، ويضيف بقوله إذا ما رغبنا في مقارنة تكون أكثر

---

[1]- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2004، ص32.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج1، مرجع سابق، ص247 .- لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص38.

[3]- فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998، ص37.

[4]- نقلا عن لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص44.

قانونية فإنّنا نأخذ بالمقارنة التالية: أن القانون لا يشرع في تطبيقه إلا بعد مصادقة رئيس الجمهورية عليه، فهل نستطيع القول أن القانون الذي صادق عليه الرئيس صادر عن إرادتين إرادة البرلمان وإرادة رئيس الجمهورية ؟ إنّ المصادقة على القانون هو مجرد إعطائه إشارة للتنفيذ"[1].

وعليه يمكن استخلاص أن مصدر العلاقة التعاقدية تجد نفسها في الإرادة المنفردة لمحرر العقد، إن هذا الأخير هو الذي خلق قانونها وهو مولّد الرابطة التعاقدية التي تجمع المذعن، وذلك تحت شرط إذعان الأطراف الأخرى، هذا ما أدى بالفقيه "**ساليي**" إلى التمسّك بأنه:

- يجب تفسير عقد الإذعان كما يفسّر القانون أي وفق مقتضيات العدالة وحسن النية وما تستلزمه الروابط الإقتصادية التي وضع لتنظيمها[2]، لا كما يفسّر العقد لأن القواعد العامة لتفسير هذا الأخير تقضي البحث عمّا إتّجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وفي عقد الإذعان لا وجود لإرادة مشتركة [3]، لانّ إرادة المحتكر هي التي حددت مضمون العقد وبالتالي يجب الاعتداد بها، وفي هذا الشأن يقول الفقيه "**ساليي**":" إننا لا نبحث عن إرادة المحكومين عند تفسير القانون فنرجّحها، نفس الشيء بالنسبة لعقد الإذعان فإننا لا نبحث عن إرادة المنضمّين "الزبناء" ولا يعتد بها، ونأخذ فقط بإرادة محرر العقد الذي يعتبر مركزها كمركز المشرّع ، وتكون إرادته هي القاعدة في التفسير"[4].

---

[1]- نقلا عن لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص40.

[2]- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص33.

[3]- تنص المادة 112 فقرة أولى من التقنين المدني المعدل والمتمم:" يؤول الشك في مصلحة المدين".

[4]- نقلا عن لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص41.

ممّا سبق يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يوجد توافق بين إرادة محرر العقد وإرادة القابل وما دام الأمر على هذه الصورة فإن عقد الإذعان المزعوم ليس عقدا.

ثانيا: عقد الإذعان هو عقد

يضفي أنصار هذا الاتجاه[1] الصفة العقدية لعقد الإذعان، فإعتبره عقد حقيقي، ويستند الفقيه "**ريبر**" "Ripert " في ذلك إلى مقولة:" أنّه ليس من الضروري أن نكون أمام إرادتين متساويتين اقتصاديا، على أساس أنّ كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد وإن لم يكن طرفاه متساويان في القوّة من الناحية الاقتصادية"[2].

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبارات عديدة في الدفاع عن الصفة التعاقدية وفيما يلي أبرزها:

- مهما بلغ الضّغط الاقتصادي الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته فإنه لا يعدم الرضا ولا يفسده[3]، إذ لا يرى في الضعف الاقتصادي للمذعن ما ينفي عن المعاملة وصف العقد، باعتبار أن قبوله له عن تسليم بشروط الموجب دون قدرة على مناقشتها لا ينفي عنه وصف أنه قبول صحيح صادر عن إرادة حرة ومختارة إذ ينعقد العقد به،

---

[1]- منهم: الفقيه "ديموج" و "ريبر" أنظر في ذلك : عبد الحميد شنيتي ، مرجع سابق، ص 43، ومن الشرّاح العرب : عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج1، مرجع سابق، ص 247 .

[2]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص37.

[3]- لا يوجد من بين العيوب التي تعدم الرضا أو تنقصه، إكراه اقتصادي، كما يختلف الإكراه المنصوص عليه في المادة 88 من التقنين المدني المعدل والمتمم عن الإكراه الاقتصادي بحيث يعيب الأول الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال، لأن الاختيار وقع تحت تأثير الخوف من إيقاع الأذى المهدد به، أمّا الثاني فلا ترقى الحاجة للسلعة أو الخدمة الضرورية لدرجة الإكراه المعيب للرضا.

فالاشتراك في صنع الاتفاق أصبح أمر غير ضروري، فلا يشترط القانون في قيام العقد أن تجرى المساومة بين طرفيه[1].

وهذا قد جاء في قول "**سليمان مرقس**": "الراجح في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا، ولا حتى الذي يفسده، وبالتالي فإن القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي"[2].

- إن التّفسير الصحيح لإرادة المذعن هو أنّها تشّكل إذعانا وليس إيجابا جديدا والسبب المباشر لوجود هذه الإرادات في هذه الصورة بالإضافة إلى الظروف الاقتصادية المؤثرة هو انتقاء عامل المناقشة، لأنه لو افترض أن هناك مناقشة لمضمون العقد لوجدت سلسلة من الإيجاب، وكان القبول الذي يغّير من الإيجاب الأول إيجابا جديدا[3]، في حين أن هذه الوضعية تختلف في عقد الإذعان فيصطدم بما يسمّى بإرادة مذعنة فالموجب يرفض كل إيجاب جديد.

- كما يضيف هذا الاتجاه في دحض فكرة أنّ عقد الإذعان هو نتاج إرادة منفردة، أن الإذعان هو السبب المباشر في إخراج العقد إلى حيّز التطبيق[4]، فلو رفض الطرف المذعن التعاقد فعقد الإذعان لا يكون له وجود، فالمنطق القانوني السّليم يقضي

---

[1]- بريك دلال و حمر العين فيصل، سلطة القاضي و الأطراف في تعديل العقد، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2008، ص26.

[2]- لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص31.

[3]- تنص المادة 66 من التقنين المدني المعدل والمتمم على :" لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلاّ إيجابا جديدا ". .

[4]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص82.

بأن : "العقد لا يسري على من لم يكن طرفا فيه فكيف إذن عقد الإذعان لا ينتج آثاره إلا بظهور إرادة أخرى" [1].

ويستخلص أنصار الصفة التعاقدية أن عقد الإذعان ما هو إلاّ صورة جديدة للإرادات، ومعالجة المشاكل التي قد تنجم عن هذا النوع من العقود ومنع التّعسف، يكون بحماية الطرف الضعيف المذعن وهذا هو الطّريق السديد[2].

أمّا عن موقف المشرّع فقد فصل في تكييفه لعقد الإذعان، فإعتبره عقد حقيقي وهذا ما يستشف من الاعتبارات التالية:

- من خلال نص المادة 54 من التقنين المدني المعدل والمتمم[3] ، يتبيّن أنّ المشرع لم يعتمد معيار المساواة الاقتصادية لأطراف العقد، هذا ما يدل على أنّ وجود هذه الأخيرة أو عدمها لا يساهم في إضفاء الصفة التعاقدية لأي عقد .

- أخضع المشرّع عقد الإذعان للقواعد العامة[4] التي تنظم بقية العقود، فيما عدا القبول الذي خرج فيه عن القواعد العامة، حيث أخضعه لحكم المادة 70 من التقنين المدني والمعدل والمتمم، كما كرّس حماية الطرف المذعن في قاعدتين:

[1] - لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص36.

[2] - عبد الرزاق احمد السنهوري، ج1، مج1، مرجع سابق، ص 247 .

[3] - تنص المادة 54 على أنّ: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

[4] - أنظر المواد من 59 إلى 98 من التقنين المدني المعدل والمتمم في القسم الثاني تحت عنوان شروط العقد.

القاعدة الأولى تتعلق بتفسير الشك لمصلحة المذعن سواء كان دائنا أو مدينا طبقا للمادة 112 فقرة ثانية من التقنين المدني المعدل[1] أمّا القاعدة الثانية فتتعلق بحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية إما بتعديلها أو بإعفائه منها طبقا للمادة 110 من التقنين المدني المعدل و المتمم[2].

بالإضافة إلى ذلك اخضع المشرع بعض عقود الإذعان إلى تنظيم خاص بها مثل: قانون حماية المستهلك[3]، ويبقى الغرض من كل ذلك هو حماية المتعاقد المذعن .

المطلب الثاني:

خصائص عقد الإذعان

يتميّز عقد الإذعان وفقا لاجتهاد الفقه و القضاء[4]، بخصائص تميزه عن بقية العقود الأخرى،و قد قضت محكمة النقض المصرية في ذلك أنّ عقود الإذعان:" تتميّز عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة، أوّلها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، والثاني احتكار السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط مماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى فئة منها"[5].

---

[1] - تنص المادة 112 فقرة ثانية من التقنين المدني المعدل والمتمم:"غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

[2] - لاحقا ص ص 101-104 .

[3] - قانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ الموافق لـ 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر، ع 15 ، الصادرة في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ الموافق لـ 8 مارس 2009 .

[4] - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص34.

[5] - نقلا عن إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري و الفرنسي، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2003، ص 319.

على هذا النحو يتضح أن عقد الإذعان يتميز باجتماع الخصائص التالية[1] :

- تعلق العقد بسلع أو خدمات تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة لجمهور المستهلكين أو المنتفعين (الفرع الأول).

- احتكار الموجب للسلع أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا، أو قيام منافسة محدودة النطاق(الفرع الثاني).

- توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو الخدمات إلى كافة الناس، وبشروط مماثلة على وجه الدوام (الفرع الثالث).

- شروط عقد الإذعان نتاج محض لإرادة الموجب، و اقتصار دور القابل في الإذعان لها دون مناقشتها (الفرع الرابع).

وسيتم التعرض لهذه الخصائص بشيء من التفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: تعلق العقد بسلع أو خدمات ضرورية

يتميز عقد الإذعان بخاصية تعلقه بسلع أو خدمات تعتبر من الضروريات الأولى لجمهور المستهلكين أو المنتفعين وليس بفرد بعينه، بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلع أو الخدمات في حاجاتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقّة[2].

[1]- توجد إلى جانب هذه الخصائص التي سيتم التفصيل فيها، خصائص أخرى تتمثل في: كون عقد الإذعان من عقود المعارضة، من العقود الملزمة لجانبين، من العقود التي تحظى بقواعد خاصة في تفسير الشك، ومن العقود التي يتمتع فيها القاضي بسلطة التدخل لمواجهة الشروط التعسفية، أنظر في ذلك: لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق،ص ص 72-68

[2]- أنظر في ذلك: عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص 42 .- لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص57.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في ذلك أن: "السلع الضرورية هي التي لا غنى عنها للناس والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرّهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها محتكر هذه السلع أو الخدمات ولو كانت جائرة وشديدة"[1].

وتعتبر من قبيل السلع والخدمات الضرورية، التعاقد مع شركات التأمين، شركات الغاز والكهرباء والمياه، شركات النقل البري، الجوّي والبحري، وغيرها من السلع والخدمات التي لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم.

الفرع الثاني: الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلع أو الخدمات، أو قيام منافسة محدودة النّطاق

أصبح الإحتكار[2] واقع اقتصادي مفروض، ويقصد بالإحتكار هو الانفراد بالسلع أو الخدمات بتركيز أساليب الإنتاج و رأس المال في أيدي طبقة معيّنة، ويشمل الإحتكار احتكار فعلي واحتكار قانوني، فبالنسبة للإحتكار الفعلي فهو تفوق اقتصادي وهذا ما أكدته السيدة "**أرمامورو مارغراف**" في ملتقى تحت عنوان الشروط العامة للبيع: "إنّ التّفوق الاقتصادي يتأكد في حالة الاحتكار"[3].

---

[1]- نقلا عن همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص34.

[2]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ص553- 555 : " عرف الفقه الإسلامي الاحتكار وذلك ما يلمح في أقوال الرّسول صلى الله عليه وسلم فعن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من احتكر حكرة يريد أن يغالي بها على المسلمين فهو خاطئ" ويعرّف الفقه الإسلامي الاحتكار المنهي عنه أنه:" إمساك الطعام عن البيع، وانتظار الغلاء مع الاستغناء عنه وحاجة الناس إليه" .

[3]- نقلا عن فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص12.

ويجد الاحتكار الفعلي مجالا أوسع في النظام الرأسمالي الذي يقوم على مبدأ الملكية الفردية لوسائل الإنتاج ومبدأ المنافسة الحرة[1]، مما يطلق الحرّية في الإستثمار وتشجيع المبادرات الفردية، كما يسمح النظام الرأسمالي بظهور طبقات ذات قوى اقتصادية تحتكر السلع والخدمات، وفسح المجال بالمقابل بظهور طبقات أخرى مذعنة كالمستهلك والعامل وغيرهم، فالطبقة المذعنة تمثل السّوق المحلية للطبقة المحتكرة، وفي هذا الصّدد يقول الفقيه "**كارل ماركس**": "الطبيعة لم تأت في أحد الجوانب بمالكين للنقود والسلع وفي الجانب الآخر بأناس لا يملكون فقط إلا قوّة عملهم الخاصة "[2].

لقد أثر المفهوم الاقتصادي على الفكر القانوني في ظل التّصور الليبرالي الذي شهد تراجعا لما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، فأصبحت العوامل الاقتصادية في المجتمعات الحديثة تتمتع بالسّيطرة على حياة الأفراد بفعل حاجاتهم إلى السلع والخدمات هذا من الناحية الاقتصادية، أمّا من الناحية القانونية فهناك تحديد للحرية التعاقدية في جانب الطرف المذعن لأن إرادته تكون مذعنة بحيث لا يترك له حرّية اختيار الطرف المتعاقد معه، فالحاجة والضرورة تجبره على التوجّه نحو محتكر السلع أو الخدمات[3]، هذا كلّه يفسّر كون الاحتكار يقلص من فرص الاختيار، وحتى وإن كانت فرص الاختيار كثيرة إلا أن ظروف التعاقد قد تكون شبه مماثلة.

أما بالنسبة للاحتكار القانوني فإن معظم المرافق الحيويّة في يد الدولة، لهذا يجد مجال أوسع في النظام الاشتراكي، وسبب وجود مثل هذا الاحتكار هو مبدأ الملكية

---

[1]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص18 :" يفسّر الفقيه "لنين" هذا الوضع بأن ّالمنافسة الحرّة تركز الإنتاج الذي يؤدي بدوره حين يصل إلى درجة معينة من التطوّر إلى الاحتكار" .

[2]- نقلا عن فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص15.

[3]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص18.

الجماعية لوسائل الإنتاج[1]، لذلك استدعى الأمر أن توجه هذه الوسائل وجهة واحدة وهي تحقيق التوازن الاقتصادي للمجتمع، بإشباع حاجيات الأفراد وتحقيق العدالة في التوزيع .

ويخضع الاحتكار القانوني إلى الخطة العامة والتي هي عبارة عن حلول مقاربة للواقع الاجتماعي والاقتصادي للمجتمع، كونه اعتمد في وضعها مقاييس ودراسات واقعية حددّت في شكل أهداف وحلول في الخطة العامة للتنمية[2]، فالمحتكر القانوني لابد أن يلتزم بالحرص على تنفيذ هذه الغايات المسطرة .

ويجعل الاحتكار الفعلي أو القانوني للسلع و الخدمات المنافسة بشأنها محدودة النطاق، فإذا اتّسعت انعدمت خاصية الاحتكار، هذه الأخيرة كغيرها من الخصائص الأخرى إلاّ أنها تكاد تهيمن على عقد الإذعان باعتبارها أساس عدم المساواة بين أطراف العقد و في هذا السّياق يقول "**ألكس ويل**" " WEIL Alex " و"**فرانسوا تيري**" "François TERRÈ" أنه: "في عقد الإذعان لا توجد مساواة اقتصادية أو اجتماعية بين المتعاقدين وهذا أساس ارتكازه، إذ أن أحدهما يتمتع بأموال أو خدمات، يرغب فيها الآخر، ومن هنا يأتي تفوّقه، خاصة إذا كانت منشأته تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي"[3].

الفرع الثالث: توجيه الإيجاب إلى كافة الناس و بشروط مماثلة على وجه الدوام

يصدر محتكر السلعة أو الخدمة إيجابا باتا ونهائيا لجمهور الناس بدون تحديد، ولا يجوز للموجب التحلّل من الإيجاب عن طريق تصرّف سلبي كالامتناع عن التعاقد، وفي ذلك يقول "**عبد المنعم فرج الصده**": "أساس التزام الموجب للقبول أنّ العقد يتم بهذا القبول

[1] - لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص ص59-60

[2] - فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص42.

[3] - لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص ص 58- 61.

فيرتبط به الموجب ما دمنا نعتبره في حالة إيجاب دائم، وإذا كان للموجب أن يرفض القبول في بعض الصّور لسبب مشروع فإن أساس ذلك أن تكون هناك تحفظات ضمنية في الإيجاب تتعلق بصالح العمل الذي يقوم به"[1].

و يتضمن عقد الإذعان الشروط والبيانات الجوهرية وتكون هذه الشروط مماثلة فلا تختلف من شخص لآخر، كما يوضع عقد الإذعان بشكل مستمر، ولا تقتصر على العقود المكتوبة وإنما يلحق وصف الإذعان على العقود الشفوية أيضا، لكن نظرا لأهمية وحجم المعاملات التي يقع عليها ومدّتها فإنه غالبا ما يكون مكتوبا، كما يتخذ في الغالب صورة عقد نموذجي مكتوب تتضمّنه وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك، وقد يتخذ صورة إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات استقبال الجمهور كما هو الحال بالنسبة لشركات التأمين[2] .

الفرع الرابع: إنفراد الموجب بوضع بنود العقد وتسليم القابل بها دون مناقشة

يتمتع الموجب في عقد الإذعان بسلطة الإنفراد بوضع بنود العقد بسبب احتكاره للسلع والخدمات الضرورية، ولا تقبل هذه البنود مناقشة من طرف المذعن بحيث يأتي القبول كتسليم بها جملة واحدة [3]، فمشروع عقد الإذعان يكون صادرا من إرادة منفردة وموجها إلى كافة الجمهور، ولا يعدّ عدم ممارسة الطرف المذعن لحقه في تحديد المضمون العقدي عاملا من عوامل إبطال العقد، فوجود عقد الإذعان في ساحة المعاملات، جعل عنصر الاشتراك في صنع الاتفاق أمر غير ضروري وهو بذلك يكشف عن تأثير الواقع الاقتصادي على الفكر القانوني الذي يمنع على بعض الأفراد من ممارسة

[1] - نقلا عن لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص ص 58-61.

[2] - بريك دلال و حمر العين فيصل، مرجع سابق، ص25.

[3] - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص35.

حقوقهم[1]، وعليه يمكن استخلاص أنّ إنفراد الموجب بوضع بنود العقد واقتصار دور القابل على التسليم بها دون مناقشتها في الوقت الحالي جاء نتيجة لعوامل اقتصادية جديدة، وهي ضرورة توزيع السلع والخدمات في أضيق وقت، وذلك بعدما كان العقد في إطار مبدأ سلطان الإرادة يشكل وسيلة تندفع فيها الإرادات الفردية لتحقيق مصالحها معا.

على ضوء ما سبق[2]، فإنه يكون للعقد وصف الإذعان بتوافر هذه الخصائص التي تم ذكرها مجتمعة، فمجرد إنفراد الموجب بسلعة ما أو الإتجار فيها لا يعد بذاته احتكارا يترتب عليه اعتبار العقد المبرم في شأنها من عقود الإذعان، ما لم تكن السلعة من الضروريات الأولى للجمهور.

[1]- فاطمة نساخ، مرجع سابق، ص67.

[2]- سابقا ص 77-82.

المبحث الثاني:

مواجهة القاضي الشروط التّعسفية في عقد الإذعان

يقضي مبدأ القوة الملزمة للعقد أن العقد هو شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحد المتعاقدين الإنفراد بتعديل العقد أو نقضه، كما لا يجوز للقاضي تعديله وإلاّ استهدف حكمه النقض، ولكن ترد على هذا المبدأ استثناءات و هو ما تقرر في نص المادة 110 من التقنيين المدني المعدل والمتمم حيث جاء في سياقها انه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ويتضح من ذلك أن المشرع منح للقاضي سلطة استثنائية تتمثل في إمكانية تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان تحقيقا للعدالة، و تعتبر هذه السلطة خطيرة، كونها تصل إلى إمكانية إهدار الشروط التعسفية كلية دون الاكتفاء بتعديلها، وقد أوجب المشرع على القاضي مراعاة توافر شروط معينة في ممارسة هذه السلطة (المطلب الأول) و تبدو هذه الشروط أمرا منطقيا إذ أنّ سلطة القاضي في هذا المجال ممنوحة له من قبل المشرع وممارستها تعتبر تطبيقا لنصوص قانونية، فإذا توافرت جاز للقاضي ممارسة سلطته في مواجهة الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

شروط تدخل القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

إنّ تدخل القاضي في عقد الإذعان يعتبر استثناء يرد على القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، لذلك أوجب المشرع توافر شروط معينة لتدخل القاضي في مثل هذا النوع من العقود، و التّي يمكن استخلاصها من نص المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم، إذ يشترط أن يتم العقد بطريق الإذعان (الفرع الأول) وأن يتضمن عقد الإذعان شروط تعسفية (الفرع الثاني)، كما تجدر الإشارة أنّ تقديم طلب تدخل القاضي يكون من طرف كل ذي مصلحة (الفرع الثالث).

وسيتم تناول هذه الشروط بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: أن يتم العقد بطريق الإذعان

تبدو أهميّة هذا الشرط في أن العقد الذي يتم عن طريق المساومة أو المفاوضة، لا يتمتع القاضي إزاءها بسلطة التدخل لمواجهة الشروط التعسفية الواردة فيها، فالمتعاقدين قد وضعا وناقشا شروط العقد بإرادتيهما الحرة، وبالتّالي فلا تعديل ولا إعفاء منها طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1]، أمّا في عقد الإذعان فالأمر يختلف نظرا للوضع الذي يتميز به، لذا كان لزاما على المشرع حماية الطرف المذعن من خلال منح المشرع للقاضي سلطة التدخل لمواجهة الشروط التعسفية التي قد يتضمّنها هذا النوع من العقود، هذا ما جاء في نص المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم التي تنص على أنّه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي ..." و هذا ما

[1]- فاضلي إدريس ، مرجع سابق، ص53.

جاء في قول "**عبد الفتاح عبد الباقي**" على أنّ: "أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها حماية المذعن هو ما جاء في المادة 149[1]، وهذا حكم خطير خص المشرع به عقود الإذعان"[2].

إنّ تدخّل القاضي في عقد الإذعان يستلزم تأكده من طبيعة العقد إن كان عقد إذعان أم لا، وذلك بتوفّر جميع خصائص عقد الإذعان، فمجرد التفاوت في القوّة الإقتصادية، أو احتكار سلعة أو خدمة، أو قيام أحد الطرفين بصياغة شروط العقد بإرادته المنفردة، واقتصار دور الطرف الآخر بقبولها دون مناقشتها، لا يكفي لإلحاق وصف عقد الإذعان.

الفرع الثاني: أن يتضمن عقد الإذعان شروط تعسّفية

إذا توافرت في العقد الخصائص التي سبقت الإشارة إليها[3]، فإنّ العقد يتصف بأنه عقد إذعان، وبالتالي ينتقل القاضي إلى مرحلة أخرى وهي البحث في جوهر العقد المتمثل في مدى توافر الشروط التعسفية فيه.

ويقتضي التفصيل في هذا الشرط التعرض إلى المسائل التالية:

المقصود بالشروط التعسفية (أولا)، العوامل المساعدة في إدراج الشروط التعسفية في عقد الإذعان (ثانيا)، المعايير العامة لتحديد التعسف في الشروط (ثالثا)، و تعدد الشروط التعسفية (رابعا).

---

[1]- المادة 149 من التقنين المدني المصري تقابل المادة 110 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم ، انظر في ذلك: أسامة احمد شتات، مرجع سابق، ص38.

[2]- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 154 .

[3]- سابقا ص ص76- 82 .

أولا: المقصود بالشروط التعسفية

لم يرد في نص المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم تعريف الشروط التعسفية، فإكتفى المشرّع بذكر عبارة "أن يتضمن شروطا تعسفية" و هذه بعض تّعاريف الشرّاح في تحديد المقصود بالشروط التعسفية التي نوردها فيما يلي:

برزت محاولات في تحديد المقصود بالشروط التعسفية بأنّها: "الشروط التي يوردها المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدّر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه، وحالة طرفيه، وفقا لما تقضي به العدالة"[1] .

كما ألحق على الشروط التعسفية وصف بأنّها: "شروط غير عادلة، يدرجها الموجب في عقوده"[2]، فهي شروط تهدف إلى تغليب مصالح الطرف الأكثر قوّة اقتصاديا على مصالح الطرف الضعيف، بما يهدر التوازن المقبول بين الالتزامات المتولّدة عن العقد.

وعرّفها "**حسن عبد الباسط جميعي**" بأنّها: " الشروط التي ترد في العقود التي تتسم بعدم التكافؤ بين أطرافها في القوة الاقتصادية أو في الخبرة أو الدراية الفنية والقانونية، وتتضح صفة التعسف هذه بشكل أوضح حينما تكون هذه العقود مكتوبة أو مطبوعة سلفا بواسطة الطرف القوي اقتصاديا، ويضيف بأن هذه الشروط تتصف بالتعسف لأنها تميل

[1]- بريك دلال و حمر العين فيصل، مرجع سابق، ص27.

[2]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص84.

إلى تحقيق مصالح المحترف أو من قام بتحريرها بإرادته المنفردة على حساب مصلحة الطرف الذي يتعاقد معه، بشكل يؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية"[1] .

كما ورد عن " **فاطمة نساخ** " تعريف الشروط التعسفية بأنها: "كل شرط يخل بالتوازن العقدي، ويلقي على المذعن بالتزامات باهضة ومجحفة وتعود على الموجب بتسهيلات أو أوضاع تحقق منافع زائدة"[2].

من خلال هذه التعاريف يستخلص أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يضعه الطرف القوي اقتصاديا، ويغتنم فيه فرصة عدم التكافؤ الإقتصادي بينه وبين الطرف الضعيف اقتصاديا من أجل توجيه العقد لخدمة مصالحه وبالمقابل تصير التزامات الطرف الآخر مرهقة بحيث يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد عند تطبيقه.

ثانيا: العوامل المساعدة في إدراج الشروط التّعسفية في عقد الإذعان

إنّ إقرار المشرع بعقد الإذعان كأسلوب للتعاقد، فهو بالنتيجة يعني اعترافه بالخصائص والامتيازات الممنوحة للموجب في مثل هذا النوع من العقود، و لكن ذلك لا يعني انه قد ارتضى الآثار السلبية التي قد يلحقها الطرف المتفوق اقتصاديا بالطرف المذعن، وعليه الخطر لا يكمن في هذا الأسلوب في حدّ ذاته، لأنّه ليس كل عقد معد مسبقا يكون بالضرورة محتواه تعسفي، وإنّما يكمن الخطر في طريقة استعمال أسلوب التعاقد عن طريق الإذعان لفرض شروط تعسفية، وبالتالي فالمسألة تتعلق بـــ:

كيف يمكن أن يكون التّعاقد عن طريق الإذعان أسلوب لفرض شروط تعسفية؟

---

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص ص308-310.

[2]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص92.

والبحث في ذلك يقتضي التفصيل في العوامل الآتية:

الانفراد بوضع بنود العقد (I)، انتفاء المناقشة (II) وتعلق حاجات الجمهور بسلع وخدمات ضرورية (III) وسيتم التطرق إلى هذه النقاط فيما يلي :

I- الإنفراد بوضع بنود العقد

نظرا للتّفوق الإقتصادي الذي يتمتع به الموجب بفعل احتكاره للسلع أو الخدمات الضرورية فإنه يستعمل قوته في إطار العقد بوضع بنود العقد بطريقة منفردة، ولا يعد هذا الإنفراد تعسفا في حد ذاته، بل هو عمل يرتضيه القانون، كونه يسهّل عمليات إبرام العقود في وقتنا الحالي، و يكمن الجانب السلبي في هذه الميزة في كون تنازل بعض الأفراد عن حقّهم في تحديد مضمون العقد هو تنازل إجباري بحكم الإكراه الإقتصادي مما يسمح للطرف القوي اقتصاديا بأن يتمتع بمبدأ سلطان إرادة مطلق يبيح له التحديد المسبق للعقد، و يعطي للمحتكر فرصة وضع شروط تعسفية[1].

من هذا المنطلق يمكن أن يؤدي إنفراد المتعاقد القوي اقتصاديا إلى ترسيخ ظاهرة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وذلك بصياغة الشروط التعسفية التي تتيح للطرف القوي التخفيف من التزاماته، مع التشديد في التزامات الطرف الضعيف .

II- إنتفاء المناقشة

لا يعد عامل انتفاء المناقشة تعسفا، وإنما يمكن التعسف في الإستعمال السيّء لهذا الأسلوب، فالإرادات الحرة في ضوء الفهم الحقيقي للنظرية العقدية لا تتوافق ولا تتطابق عندما يتعلق الأمر بعقد الإذعان، وحتى و إن كان هناك تطابق بين إرادات المتعاقدين

[1]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص68.

بصدد عقد الإذعان، فإنه لا يتعلق سوى بموضوع واحد ألا وهو انعقاد العقد ذاته، أما عن الشروط الواردة بالعقد فإن الإرادات لا تتوافق بشكل كلي وتام، لأنّها من وضع إرادة مقدم السلعة أو الخدمة[1]، وعليه فإن الطرف الضعيف ينضم إلى العقد دون مناقشتها، و في حالات عديدة يوقع الطرف المذعن على العقد دون الحصول على كافة المستندات وعلى حد قول "**حسن عبد الباسط جميعي**" فإنّه: "بفرض حصول المتعاقد على هذه المستندات ومحاولة قراءة العقد، فإن كثرة بنود العقد يصعب قراءتها ولا تسمح القول بعلمه الكافي بها، وحتى إذا تمكن المتعاقد من قراءة كافة مستندات العقد والاطلاع على كافة بنوده فإنه لا يستطيع أن يعرف نطاق ومدى الالتزامات الواردة فيه، أو لا يستطيع أن يتبين خطورتها أو أثارها، دون أن يتمكن من مناقشتها أو المطالبة بتعديلها"[2].

وفي نفس السياق يرى "**عبد الرزاق أحمد السنهوري**" أن المشرع أراد أن يحمي الطرف الضعيف حماية فعّالة من تعسف الطرف الأقوى الذي غالبا ما يدرج في العقد شروط تعسفية، لا يملك الطرف المذعن إلا القبول بها، ومن أجل تأكيد هذه الحماية فقد عدل المشرع عن تبنّي اقتراح كان يهدف إلى جعل الحماية قاصرة على الشروط التي لم ينتبه إليها الطرف المذعن، فورد نص المادة 149[3] في اقتراح لجنة المراجعة بما يجعل الحماية شاملة لكل الشروط التعسفية حتى لو كان الطرف المذعن قد علم بها أو تنبه إليها[4].

ويضيف "**حسن عبد الباسط جميعي**": "أن المشرع المصري قد أصاب بهذا النص جوهر التعسف في عقود الإذعان، ذلك أن الطرف المذعن لا يستطيع رفض الشرط الذي

---

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 114.

[2]- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص115.

[3]- تقابلها المادة 110 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج1، مرجع سابق، ص 249.

يتضمنه العقد حتى ولو علم وكان مدركا لمدى الإجحاف الذي يعرضه إليه، فالإذعان بطبيعته يعني الخضوع وعدم القدرة على مناقشة الشروط المفروضة، وعلى ذلك فإن الأمر يستوي بالنسبة للطرف المذعن في عقود الإذعان بالنسبة لشروط العقد جميعها، فهو يذعن لجميع شروط العقد بدون تمييز بين الشروط التي يعلم بها وينتبه إليها وبين الشروط التي لا يعلم بها ولا يتنبّه إليها"[1].

أما فيما يتعلق بالشروط الغامضة فقد حسم المشرع مسألة تفسير هذه العبارات التي يحيط بها الشك في نص المادة 112 فقرة ثانية من التقنين المدني المعدل والمتمم إذ أن الشك يفسر دائما لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا[2]، وهذا يوضح تفهّم المشرع عدم قدرة الطرف المذعن في صياغة أي شرط من شروط العقد، فالمبادرة تكون بيد الطرف القوي اقتصاديا وعليه فحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان تمتد لتشمل الشروط التعسفية سواء كانت واضحة أو غامضة.

و مما سبق، يمكن استخلاص أنّ الطرف القوي اقتصاديا يسعى إلى وضع شروط تعسفية في عقد الإذعان ويغتنم في ذلك فرصة عدم مناقشة الطرف الضعيف لهذه الشروط .

III- تعلّق حاجات الجمهور بسلع أو خدمات ضرورية

قد تكون حالة الضرورة لتعلق العقد بخدمات و سلع ضرورية فرصة يغتنمها المحتكر من أجل فرض شروط تعسفية، فيذعن الجمهور للمضمون العقدي حتى وإن كان يحمل في طيّاته شروط مجحفة، فالطرف المذعن يكون في موقف اختيار بين الحصول

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ص 243-244.

[2]- تنص المادة 112 فقرة ثانية من التقنين المدني المعدل والمتمم: "غير أنّه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

على السلعة أو الخدمة الضرورية مقابل أي شرط يضعه المحتكر و بين رفض الخضوع للشروط وبالتالي حرمانه من تلبية حاجاته، وهذا ما يدفع بالمحتكر إلى فرض شروط تعسفية[1]، فتكون له ثقة تامّة في إذعان الجمهور لهذه الشروط لأنه في نهاية المطاف ستدفعهم ضرورة تلبية حاجاتهم للإذعان لها.

ثالثا: المعايير العامة لتحديد التعسف في الشروط

تبيّن فيما سبق[2]، أنّ التعسف لا يمكن في انتقاء المناقشة، أو في الإنفراد بوضع بنود العقد، أو في حالة الضرورة لتعلق حاجات الجمهور بسلع أو خدمات ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها، وإنّما هي عوامل تسهّل للمحتكر الطريق لفرض شروط تعسفية.

ويدور الشرط التعسفي حول ما قرّرته المادة 124 مكرر من التقنين المدني المعدل والمتمم[3]، فمجال التعسف يتعلق بالحق الذي يتمثل في إنفراد الموجب بوضع بنود العقد دون مناقشتها من طرف القابل، ويستوجب الحديث عن التعسف الوقوف عند المعايير التي تضمنّها نص المادة 124 مكرر من التقنيين المدني المعدل والمتمم وهي: أن يكون استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير(I)، أو يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير(II)، أو يكون الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة(III).

وسيتم التطرق لهذه المعايير تباعا:

---

[1]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص81.

[2]- سابقا ص ص 87-90.

[3]- تجدر الإشارة أن المشرع أعاد صياغة نظرية التعسف في استعمال الحق شكلا ومضمونا، فمن ناحية الشكل، وبعدما كانت أحكامها محشورة ضمن الأحكام الخاصة بالأهلية في المادة 41 من التقنين المدني، أصبحت أحكامها تقع تحت الفصل المخصص للمسؤولية عن الأفعال الشخصية في المادة 124 مكرر بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للتقنين المدني، وأما من ناحية المضمون وبعدما كان المشرع يستعمل عبارة: "يعتبر استعمال الحق تعسفيا"، أصبح يستعمل عبارة: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ".

I- قصد الإضرار بالغير

تحكم هذه الصورة الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر من التقنين المدني المعدل والمتمم التي تنص على: "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير..." و تقوم هذه الصورة على معيار ذاتي قوامه توافر نية الإضرار بالغير عند صاحب الحق، فتحديد تعسف الموجب في وضعه لبنود العقد يستدعي البحث عن نيته، وانعدام المصلحة تعد قرينة على وجود نية الإضرار بالغير[1]، ووفقا لهذا المعيار فانه يشكل تعسفا مثلا الشرط الذي يدرجه رب العمل في العقد المحرر مسبقا والذي يقضي بإلزام العامل بأن يمتنع عن أخذ مرتب من شخص آخر، فرب العمل ليست له أية مصلحة في إدراج مثل هذا الشرط في العقد سوى بغية الإضرار بمصلحة العامل، وبمقتضى هذا الشرط القائم في علاقة تعاقدية يكون العامل طرفا مذعنا لمحتوى تعاقدي حرر مسبقا بإرادة منفردة.

وتتوفر نيّة الإضرار بالغير عند صاحب الحق ولو أدى استعماله إلى تحصيل منفعة عارضة لصاحبه لم يقصدها أصلا وعليه لا تندرج ضمن هذا المعيار الحالة التي يقترن فيها قصد الإضرار بالغير بقصد تحقيق منفعة مهما كانت تفاهتها[2].

وقد جرى القضاء في إثبات قصد الإضرار بالغير، عن طريق استخلاص قرينة قضائية من انعدام المصلحة، لأنّ القصد أمر يصعب إثباته لاتصاله بأمور كامنة داخل نفسية محتكر السلعة أو الخدمة[3].

---

[1]- فاضلي إدريس ، مرجع سابق، ص86.

[2]- شوقي بنّاسي، «التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ع 1، 2009، ص217.

[3]- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص457.

ومن بين الشروط التي يستشف منها نية الموجب في الإضرار بالغير، يذكر على سبيل المثال:

- شرط يقضي بحق الموجب في فسخ العقد بإرادته المنفردة دون عذر مقبول.

- شرط يقضي بمنع العامل من الانضمام لأية نقابة، فهذا الشرط يفترض فيه أنه لا يعود بأية منفعة على الموجب، إلا أنّه يحرم المذعن من حقه في الانضمام إلى النقابة التي تحمي حقوقه[1].

II- عدم التّناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يصيب الغير

تحكم هذه الصورة الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر من التقنين المدني المعدل والمتمم التي تنص على: "إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير"، و تقوم هذه الصورة على الموازنة بين الضرر اللاّحق بالغير وبين الفائدة التي يجنيها صاحب المصلحة، فإذ كان غرض المحتكر للسلعة أو الخدمة هو تحقيق فائدة ضئيلة بالمقارنة مع الضرر الذي يصيب المذعن فالمحتكر يعد متعسفا في استعمال حقه في وضع بنود العقد، ويلحق بالشرط الذي يحقق عند تطبيقه فائدة قليلة ويلحق بالمقابل ضرر كبير للغير وصف التعسف، ويفسّر عامل عدم التّناسب بين الفائدة المتحصل عليها وبين الضرر اللاّحق بصورة واضحة اختلال التوازن العقدي بين المتفوق اقتصاديا والطرف الضعيف، كون الشرط يحقّق فائدة قليلة للمحتكر هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يلحق ضررا كبيرا بالمذعن نتيجة الحق الذي يحرم منه[2].

[1]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص218.

[2]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص90.

ويرى "**شوقي بناسي**" أنه في حالة: "رجحان الضرر اللاّحق بالغير على مصلحة صاحب الحق يتحقق التعسف، أما في حالة رجحان المصلحة على الضرر اللاّحق أو حالة تساوي المصلحة والضرر فلا تندرج ضمن هذه الصورة، كون نص المادة 124 مكرر يشترط أن تكون المصلحة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير"[1].

ومن أمثلة الشروط التي يؤدي تطبيقها غلى تحقيق منفعة قليلة للموجب مقابل إلحاق ضرر كبير بالمذعن ما يلي:

- الشرط الذي يقضي بإعفاء المحتكر كليا أو جزئيا من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ التزامه العقدي بسبب خطأ جسيم أو غش من جانبه[2].

- الشرط الذي يقضي بحرمان المذعن من الحقوق التي قررها له القانون.

III- عدم مشروعية الفائدة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

تحكم هذه الصورة الفقرة الرابعة من المادة 124 مكرر من التقنين المدني المعدل والمتمم التي تنص على: "إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة..." فيعد الشخص متعسفا في استعمال حقه، إذا رمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة إلاّ بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة، فمن انحرف بحقه من أجل تحقيق مصالح غير مشروعة تجرد الحق من قيمته وامتنع القانون عن حمايته[3]، وعليه إذا استهدف المحتكر في ممارسة حقه في الإنفراد بوضع شروط العقد تحقيق فائدة غير مشروعة، عدّ ذلك تعسفا، واتصف الشرط بالتعسف.

---

[1]- شوقي بنّاسي، مرجع سابق، ص219.

[2]- تنص المادة 178 فقرة ثانية من التقنين المدني المعدل و المتمم:"و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلاّ ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم...." .

[3]- شوقي بنّاسي، مرجع سابق، ص220.

وللإشارة فإنه لا يقصد بالفائدة غير المشروعة في هذا المقام، تلك الفائدة التي تخالف حكما من أحكام القانون فحسب، بل يقصد بها أيضا تلك الفائدة التي يتعارض تحقيقها مع النظام العام والآداب العامة[1].

وإذا كان معيار عدم مشروعية الفائدة موضوعي، إلاّ أنّه يستدل عليه بناحية شخصية هي نية صاحب الحق من استعماله، فإذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع من استعماله لهذا الحق، فهو يهدف إذن إلى تحقيق فائدة غير مشروعة[2].

ومن أمثلة الشروط التعسفية التي تهدف عند تطبيقها لتحقيق فائدة غير مشروعة ما يلي:

- الشرط الذّي يقضي بعزل العامل من منصبه إذا انضم لأية نقابة أو حزب، وذلك بغرض ضرب النقابة أو الحزب، وتحطيمهما وتعريضهما للدمار والانهيار.

هذه بعض معايير التعسف المذكورة في المادة 124 مكرر من التقنين المدني المعدل والمتمم على سبيل المثال لا الحصر[3]، مما يسمح للقاضي بأن يمارس سلطته الواسعة في تقدير الاستعمال التعسفي للحقوق، بحيث يتمتع بسلطة تقديرية في استنباط حالات أخرى للتعسف غير تلك التي ذكرت[4].

---

[1]- شوقي بنّاسي، مرجع سابق، ص 220، - عبد الحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص457.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج1، مرجع سابق، ص959.

[3]- أعاد المشرع صياغة نظرية التعسف في استعمال الحق، صياغة تفيد بأن المعايير الواردة بها مذكورة على سبيل المثال و يستشف ذلك من عبارة: " لاسيما في الحالات الآتية "، و قبل ذلك كانت هذه المعايير في المادة 41 من التقنين المدني مذكورة على سبيل الحصر، وذلك لاستعمال المشرع عبارة: "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية".

[4]- بوبكر مصطفى، « الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ع1، 2011، ص283.

رابعا: تعدّد أنواع الشروط التّعسفية

تكون ظاهرة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة الشروط التعسفية التي يوردها المحتكر في عقد الإذعان، وتتنوع هذه الشروط فمنها ما يتعلق بعناصر تكوين العقد، ومنها ما يتعلق بتنفيذ العقد، ومنها ما يتعلق بأثر عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، كما تتنوع الشروط التعسفية من حيث وضوح التعسف فيها.

وسيتم محاولة بيان أهم هذه الشروط التعسفية فيما يلي:

I- الشروط التّعسفية المتعلقة بعناصر تكوين العقد

من أهم الشروط التعسفية التي تتعلق بعناصر تكوين العقد،منها ما يتعلق بالسلعة أو الخدمة ومنها ما يتعلق بالثمن[1] وأهمّها ما يلي:

- الشرط الذي يسمح للمحتكر بالاحتفاظ بالعربون في حالة عدوله، ولا تسمح للطرف المذعن باسترداد العربون ومثله في حالة عدول هذا المحتكر[2].

- "الشرط الذي يلزم الطرف المذعن بالتوقيع على إعلان علمه ومعرفته الحقيقية والكاملة بشروط العقد، وبحالة السلع أو بطبيعة الخدمات بالرغم من جهله في حقيقة الأمر بكل هذه التفاصيل "[3].

---

[1]- أنظر في ذلك : حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص112-116.

[2]- هذا يخالف حكم المادة 72 مكرر من التقنين المدني المعدل والمتمم التي تنص على:" فإذا عدل من دفع العربون فقده،

و إذا عدل من قبضه رده و مثله و لو لم يترتب على العدول أيّ ضرر" .

[3]- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص113.

II- الشروط التّعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد

قد يدرج المحتكر شروط تعسفية تتعلق بتنفيذ العقد، وأهم هذه الشروط التعسفية وأخطرها ما يلي:

- الشرط الذي يقضي بإعفاء المحتكر من الضمان إذا لم تشتمل السلعة أو الخدمة على المواصفات المتفق عليها[1].

III- الشروط التّعسفية المتعلقة بعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية

يوجد من بين الشروط التعسفية ما يتعلق بسلطة فسخ العقد أو إنهاءه، و منها ما يتعلق بالمسؤولية العقدية واهم هذه الشروط ما يلي:

- الشرط الذي يحرم الطرف المذعن من حقه في فسخ العقد إذا لم يوفي المحتكر بالتزاماته[2].

- الشرط الذي يقضي بإعفاء المحتكر من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي نتيجة ارتكابه خطأ جسيم أو غشّ من جانبه[3].

[1]- هذا يخالف حكم المادة 379 فقرة أولى من التقنين المدني المعدل والمتمم التي تنص على:" يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري ....." .

[2]- تنص المادة 119 فقرة أولى من التقنين المدني المعدل و المتمم على:" في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذراه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك" .

[3]- تنص المادة 178 فقرة ثانية من التقنين المدني المعدل و المتمم على:" و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلاّ ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم...." .

IV- الشروط التّعسفية من حيث وضوح التّعسف

جاء في تقسيم "**عبد الحكم فوده**" للشروط التعسفية من حيث وضوح التعسف فيها إلى نوعين:

- شروط تعسفية بطبيعتها أو بذاتها، وهي شروط تكشف عن التعسف بمجرد قراءتها أي من خلال ألفاظها[1]، وأبرز مثال عن ذلك: الشرط الذي يقضي بعدم ضمان المحتكر العيوب الخفية إذا تعمد المحتكر إخفاء العيب عن غشّ منه فالقاضي هنا أمام وضع واضح للتعسف .

- شروط تعسفية بحكم تطبيقها[2]، وهي شروط لا يظهر فيها التعسف عند إدراجها في العقد وإنما يظهر عند تطبيقها، ومثال ذلك: الشرط الذي يقضي بوجوب إعلام المؤمن له المستأمن بأمور معينة خلال فترة قصيرة جدا وإلاّ سقط حقه في التعويض[3]، فوجود مثل هذا الشرط يعد أمر طبيعي، لكن يظهر عند تطبيقه أن المدة المحددة لم تكن معقولة وكافية لإعلام المستأمن بوقوع الحادث المؤمن منه.

هذه أمثلة عن أهم الشروط التعسفية التي يقوم المحتكر بإدراجها بصفة عامة في العقد، فحصرها بشكل مطلق يعد من الأمور المستحيلة لاسيما وأن حرية التعاقد تسمح دائما بالمزيد من التّحايل حتى يستطيع الطرف المتفوق اقتصاديا أن يوجه العقد لمصلحته، دون مراعاة مصلحة الطرف المذعن حيث إلى إهدارها.

---

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، هامش ص112.

[2]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، 86.

[3]- تنص المادة 622 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم على: "بطلان الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان بعذر مقبول".

الفرع الثالث: طلب تدخل القاضي حق مخول لكل ذي مصلحة

إن تدخل القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان غير محصور بوجوب تقديم الطلب من طرف المتعاقد المذعن فقط، فهو حق مخوّل لكل ذي مصلحة في ذلك بما فيه القاضي الذي يتدخل من تلقاء نفسه، وذلك لارتباط سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان بالنظام العام، وهذا ما يستشف من عبارة: "... و يقع باطلا كل اتفاق على خلال ذلك"[1]، فيستخلص أن لكل ذي مصلحة الحق في تقديم طلب تدخل القاضي -من أجل تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها- بما فيه الطرف المذعن والقاضي من تلقاء نفسه.

ولعلّ الحكمة من تقرير هذا الوضع، هو رعاية مصلحة الطرف الضعيف في العقد والأخذ بيده، و منع تحكّم الطرف القوي عن طريق فرض شروط جائرة تلحق بالطرف الضعيف ضررا كبيرا، والحدّ من تعسفه حتّى لا يتّخذ من الاحتكار وسيلة للتلاعب بحاجات الناس للخدمات أو السلع الضرورية.

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

اعتبر المشرع عقد الإذعان عقدا حقيقيا، وراعى في تطبيقه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التّي سيطرت على أحكام القضاء، وهذا هو الحال بالنسبة لجميع العقود، حيث

[1]- يظهر من صياغة نص المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم أنّها قاعدة آمرة حيث لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها، و عليه فالقاعدة الآمرة يجوز لكل ذي مصلحة بما فيه القاضي الطعن بمخالفتها.انظر حول الموضوع : محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط17 ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2009 ، ص ص 107-123 .

يلتزم أطراف العقد والقاضي باحترامه وهذا ما يسمّى بالقوة الملزمة للعقد، إلاّ أنه لا يمكن مع ذلك تجاهل التفاوت الاقتصادي في مركز الطرفين واستقلال الطرف القوي منهما بوضع بنود العقد، لذلك تقضي العدالة أن يهيّئ القانون الوسائل التي تكفل حماية الطرف الضعيف[1] حتى لا يكون ضحية للطرف القوي، ووضع العقد في إطار معقول تتوازن فيه اقتصادياته مع العدالة التي تختل نتيجة الشروط التعسفية التي يتضمّنها عقد الإذعان، و هذا ما تقرر في نص المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم بأنّه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها..." وقد عبّر"**عبد الرزاق أحمد السنهوري**"عن هذا النص[2] بأنّه:" نصّ في عمومه وشموله أداة قويّة في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار ..."[3].

وتتخذ سلطة القاضي الاستثنائية لرفع الظلم عن الطرف الضعيف[4] صور معينة(الفرع الأول)، وتخضع بالمقابل لضوابط محددة في ممارستها (الفرع الثاني)، كما تخضع سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية لحدود معينة (الفرع الثالث).

---

[1]- حرص المشرع على منح حماية خاصّة للطرف المذعن، وقد تجسّدت هذه الحماية من خلال وسيلتين: الأولى وهي منح القاضي سلطة التدخل لمواجهة الشروط التعسفية، أما الثانية وهي تفسير الشّك لمصلحة المذعن، وسيتم استبعاد الوسيلة الثانية من البحث لأنّها تتعلق بالتّفسير وليس بالتعديل.

[2]- عبّر عبد الرزاق أحمد السنهوري عن نصّ المادة 149 من التقنين المدني المصري الذي يقابل نص المادة 110 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم في الصّياغة و المضمون، انظر في ذلك: أسامة احمد شتات، مرجع سابق، ص38.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مج1، مرجع سابق، ص250.

[4]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص125.

الفرع الأول: صور تدخل القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

يكمن التعسف في عقد الإذعان في تلك الشروط المجحفة التي تؤدي إلى اختلال توازنه الاقتصادي إذا تم تطبيقها، لهذا منح المشرع للقاضي سلطة التدخل لمواجهة هذه الشروط التعسفية عند تطبيقها، فليس للقاضي سلطة التدخل في عقد الإذعان ورقابته مسبّقا، كما لا يصوغ للمشرع تحديد المضمون التعاقدي الواجب إتباعه، لأنّ في ذلك مساس بمبدأ الحرية التعاقدية وبالتّالي تقييدها[1]، وتتّخذ سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية صورتين: الأولى تتمثل في سلطة تعديل هذه الشروط بحيث تتوازن مصالح كل طرف في العقد (أولا) أما الثانية فتتمثل في سلطة إلغاء الشروط التعسفية كلية إن لم يستطع تعديلها بما يتناسب مع مصلحة الطرفين(ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

يبقي القاضي في تدخله بهذه الصورة على الشروط، إلاّ أنّه يتناولها بالتعديل فقد تكون هذه الشروط جوهرية في العقد، مثل الشروط المتصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي يتلقاها أو الثمن في عقد البيع، فيصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فيكون التعديل هو أنسب وسيلة لرفع الإجحاف والظلم عن الطرف المذعن[2]، وقد يتعلق التعديل في حدّ ذاته بالزيادة في الشرط أو الإنقاص منه، فيكون التعديل بالإنقاص من الشرط عن طريق إزالة المظهر التعسفي فيه، بما يحقّق التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد[3]، ومن أمثلة ذلك مايلي:

[1]- فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص ص25- 26.

[2]- عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص46.

[3]- بريك دلال و حمر العين فيصل ، مرجع سابق، ص28.

- أن يرد شرط في صورة شرط جزائي مبالغ فيه فيعتبر ذلك شرطا تعسفيا، ويرى "**لعشب محفوظ بن حامد**" أن للقاضي مكنتين إما بإعمال أحكام المادة 184 من التقنين المدني المعدل والمتمم والمتعلقة بالشرط الجزائي، أو إعمال أحكام المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم المتعلقة بعقد الإذعان[1].

- كما قد يمثل الشرط التعسفي صورة الغبن أو حالة من حالاته بمعناه المادي، فيقوم القاضي بالإنقاص بحسب الحالة، بما من شأنه إزالة الغبن[2].

أما فيما يخص التعديل بالزيادة، فيتحقق بزيادة التزامات الطرف المحتكر و من أمثلة ذلك:

- شرط يحد من الضمان في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، فيقوم القاضي بتوسيع نطاقه ليشمل الحالتين.

- كما قد يرد شرط في عقد التأمين يلزم المؤمن له بإعلام المستأمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلاّ سقط حقه في التعويض وتكون الفترة المحددة غير معقولة، فيكون تدخل القاضي بتعديل الفترة بالزيادة فيها، وبالتالي يرفع التعسف عن عاتق الطرف المذعن[3].

---

[1] - لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص179.

[2] - عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص47 :" إنّ القاضي لا يتقيّد بالشروط أو القيود المتطلبة للتعديل بسبب الغبن، إذ أنّ قيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الإستغلال، وإنّما يستند إلى أساس آخر وهو الطعن بتعسّف الشرط الوارد في العقد، والمطالبة بتعديله يكون بموجب النّص القانوني الذي يخول للقاضي ممارسة السلطة إذا ما توافرت الشروط القانونية ".

[3] - فاطمة نساخ ، مرجع سابق، ص87.

ثانيا: سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية

يلجأ القاضي لاستعمال سلطته في الإعفاء من الشروط التعسفية حينما يقدّر أن تعديل الشرط التعسفي غير مجدي لإزالة التعسف الذي اتسم به الشرط، "ويكون ذلك في الحالة الّتي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر للتعسف في العقد، ولا تتحقق العدالة إلاّ بإعفاء الطرف المذعن منه"[1].

ومن أمثلة الشروط التعسفية التي يتدخل القاضي بإلغائها، ما يتعلق بعقد التأمين و هي:

"الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلاّ إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنح .

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبيّن من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنّه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه"[2].

---

[1]- بريك دلال و حمر العين فيصل، مرجع سابق، ص28.

[2]- أنظر المادة 622 من التقنين المعدل والمتمم.

هذه بعض الشروط التعسفية التي يحكم القاضي بإلغائها، وهذا الحكم دون شك يعتبر أشدّ جرأة من الصورة الأولى، وسلطة بالغة الخطورة في يد القضاء[1]، إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا وصف الشرط بالتعسف أن يعطّله، فيعفي الطرف المذعن منه، و يكون للقاضي في كلا الصورتين الحق في التدخل حتى يعيد للعقد توازنه الاقتصادي الذي يجب أن يكون له، بحيث يخفّف الإرهاق الذي يمكن أن يلحق الطرف المذعن و تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين.

وتجدر الإشارة أنّ سلطة القاضي تتوقف عند تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، فليس له سلطة إلغاء العقد وذلك لسببين:

- لم يقرّ نص المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم منح القاضي سلطة إلغاء العقد، وعليه فلا يجوز تفسير النص أكثر مما يحتمله.

- يشكّل تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها عاملين لاستقرار الرابطة العقدية وحمايتها، كونه يحول دون إنهاء العقد وهذا يضمن استقرار وبقاء العقد، وكذا ضمان خطر إنهائه لتعلق هذا الأخير بسلع وخدمات ضرورية لا تستقيم حياة الأفراد بدونها.

الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

منح المشرع للقاضي سلطة التدخل في عقد الإذعان بهدف إعادة توازنه الاقتصادي الذي اختل بسبب الشروط التعسفية، و رغم ما يظهر على هذه السلطة من اتّساع فإنّه من ناحية أخرى قد حرص المشرع على وضع ضوابط، استهدف من خلالها

[1]- عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص 45.

ضبط هذه السلطة و تتمثل ضوابط سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في: مراعاة طبيعة عقد الإذعان(أولا) و مراعاة مقتضيات العدالة(ثانيا).

أولا: مراعاة طبيعة عقد الإذعان

يراعي القاضي في ممارسة سلطته لمواجهة الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان، طبيعة العقد المبرم بين الطرفين ويتقيّد بتكييفه القانوني، فلا يجوز أن يؤدي تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها إلى تغيير طبيعة العقد من عقد بيع مثلا إلى عقد إيجار وغيرها، لأنّ هذا ليس من سلطة القاضي، وما يكون تدخّله هنا إلاّ من أجل تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد وفقا لقواعد العدالة[1].

ثانيا: مراعاة مقتضيات العدالة

يخضع القاضي في ممارسة سلطته في مواجهة الشروط التعسفية لمقتضيات العدالة، فبالرجوع لنص المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم - التي تقضي بـــ: "... و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة..."- يتبيّن أنّ النص يقوم على فكرة العدالة كمعيار يتم على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، حيث يهدف إلى تحقيق المساواة بين طرفي العقد على نحو يقيم التوازن بينهما والبعد عن الجور، وإلى جانب ذلك فإنّ ممارسة القاضي للسلطة التقديرية التي يتمتع بإعمالها في مجال عقد الإذعان استنادا إلى مبادئ العدالة، توجب عليه التّحلي بالموضوعية التي يقدّر من خلالها

[1]- حسام توكل، السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو إلغاء الالتزام في عقد الإذعان، ص4.

htp :// www. doc 3084 shared. com/ doc/wtwzr-ly/preview/htmh

مصلحة الطرفين فلا يحصل المتعاقد إلاّ على ما يستحقّه، إذ لا مجال للإضرار بالغير ولا للإثراء على حسابه[1].

إنّ إعمال القاضي لقواعد العدالة، يسمح بعدم إخلال ميزانها بحق طرف من أطراف العقد، حيث يضمن عدم انحياز القاضي و عدم الميل إلى الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف على حساب الطرف القوي[2]، "فيتساوى الطرفان في عنصر الحماية رغم عدم تساويهما في مركزهما الإقتصادي"[3].

الفرع الثالث: سلطة القاضي التّقديرية في مواجهة الشروط التعسفية

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في مواجهة الشروط التعسفية، كما يخضع بالمقابل لرقابة المحكمة العليا إلى حدّ ما، وتبدو السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا وكذا بيان مقداره[4]، كما يكون للقاضي تقدير عدم التوازن الاقتصادي للعقد[5]، وإذا كان هذا هو حجم سلطة القاضي التقديرية في مجال تقدير طبيعة الشرط فلها أيضا نصيب في مجال إعمال الأثر القانوني الوارد في نص المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقدير إعمال الأثر المناسب في

---

[1]- إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص ص 24-27.

[2]- حسام توكل، مرجع سابق، ص3.

[3]- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص75.

[4]- فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص 276.

[5]- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص269 : " ثار تساؤل حول ضرورة نشوء عدم التوازن الاقتصادي للعقد من الشرط بشكل مباشر أم أنه يجب تقدير وجود عدم التوازن والمزايا الناشئة عن الشرط من خلال النظر إلى شروط العقد جميعها، ويرى حسن عبد الباسط جميعي أنّه يجب عدم التّسرع باعتبار الشرط تعسفيا لمجرد أنه يعطي بعض المزايا لأحد الأطرافّ حيث أنّه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجّها لإعطاء الطرف الثاني من المزايا ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله ".

كل حالة على حدى وفقا لملابستها الخاصة[1] و" تقدير ملائمة الأثر القانوني الوارد بنص المادة 110 من التقنين المدني المعدل و المتمم يتم وفقا لنظرته التقديرية والشعور بالعدل، ومن أجل هذا يجب أن يكون لدى القاضي حدس نقي بالصّواب و ينطلق في بحثه من إعتبارات موضوعية وليست ذاتية"[2].

ويعدّ هذا التّقدير من صميم عمل قاضي الموضوع لتعلّقه بوقائع مادية فهي من مسائل الموضوع التّي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، و هذه الأخيرة تراقب فقط مدى استخدام القاضي لقواعد العدالة و ما إذا كان قد وفّق لذلك[3]، كما يكون القاضي ملزما بالتّسبيب وفي هذه الحالة يكون خاضع لرقابة المحكمة العليا[4] .

[1]- إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص18.

[2]- إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص24.

[3]- سواسي نزهة ، مرجع سابق، ص28.

[4]- تنص المادة 358 في فقراتها: التاسعة، العاشرة و الحادية عشر من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية على:" انعدام التسبيب ، قصور التسبيب ، تناقض التسبيب مع المنطوق ".

نتيجة الفصل الثاني:

سبقت الإشارة أنّ عقد الإذعان وفقا للمدلول القانوني للكلمة، هو تلاقي إرادتين على إحداث أثر قانوني، و يشترط فيه نفس الشروط المتطلبة في العقد بصفة عامة، بأن تكون هناك إرادتين تتمتعان بالأهلية المطلوبة لإحداث هذا الأثر، أن تخلوان من العيوب، أن تلتقيا فيما يعرف فقها بالإيجاب والقبول، وأن يكون لهذا العقد سببا ومحلا مشروعين.

ومن خلال المعطيات السابقة يمكن استخلاص النتائج التالية:

يعتبر عدم التكافؤ الاقتصادي لطرفي عقد الإذعان و خضوع الطرف المذعن وعدم قدرته على مناقشة شروطه، دافعا للخروج عن حكم المبادئ العامة، هذا ما دفع بالفقه والقضاء إلى التماس كافة السّبل لإعادة التوازن في الالتزامات التعاقدية وحماية الطرف المذعن.

يكرّس عقد الإذعان فكرة اختلال التوازن الاقتصادي، فالخطر الذي يكتنف هذا العقد يكمن في تلك الشروط التعسفية التي تدرج فيه وتحمل في طيّاتها خطورة على مصلحة المذعن .

وفّق المشرع في منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه إذا تبيّن أن عقد الإذعان يتضمن شروط تعسفية، كما وفّق في ضبط هذه السلطة بمقتضيات العدالة والتّحلي بالموضوعية وعدم الانزواء بأفكاره الذاتية، كما أحسن المشرع بجعل نص المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم نص آمر و ذلك من أجل ضمان عدالة أكبر للطرف المتضرر، إذ لا يجوز الاتفاق على مخالفته لتعلّقه بفكرة النظام العام و هذا ما يفهم من عبارة: "يقع باطلا كل اتفاق على خلال ذلك".

برهن عقد الإذعان عن تراجع مبدأ سلطان الإرادة من زاويتين، أوّلهما "مبدأ الحرية التعاقدية" فحالة الضرورة لتعلق العقد بخدمات وسلع ضرورية يقضي على فكرة أنّ الفرد له الحرية في أن يتعاقد أو أن يمتنع، وأما ثانيهما فتتمثل في" المشاركة في تحديد المضمون العقدي"، فوجود شروط مسبقة لا تقبل مناقشة فيها، قد برهن عن تراجع فكرة أنّ العقد من صنع أطرافه.

سلطة القاضي في عقد الإذعان جاءت نتيجة عوامل اقتصادية أبرزت مخاطر إطلاق مبدأ سلطان الإرادة، الذي يؤدي في بعض الأحيان إلى خلل في التوازن الاقتصادي للعقد، و قد أدرك المشرع مدى الحاجة إلى إعادة النظر في المبدأ التقليدي، لذلك حرص المشرع على إسناد دور إيجابي للقاضي في مجال المعاملات إذ أصبح يتمتع بسلطة التدخل في العقد من اجل حماية حقوق الأفراد.

كما يمكن استخلاص مما سبق أنّ التعديل هو وسيلة إيجابية للقضاء على اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، ومع ذلك يبقى كونه استثناء لا يجوز التّوسع فيه.

نتيجة عامة:

من خلال التّطرق لموضوع حدود القوة الملزمة للعقد، تم التوصّل إلى النتائج التي يمكن حصرها في المسائل التالية:

تبيّن أنّه لا يمكن التّسليم بأنّ العقد يكون بالضرورة محققا للعدالة كفكرة مطلقة، لأنّه رغم كون العقد الذي أنشأته إرادات حرّة لا ترضى إلاّ بما يحقّق في ذلك مصلحة يعتبر قرينة على وجود عدالة بين الطرفين، إلاّ أنّها قرينة بسيطة يمكن دحضها إذا توافرت إحدى الحالات الاستثنائية ومن بينها حالة الظروف الطارئة والشروط التعسفية في عقد الإذعان، إذ أثبت الواقع أنّه في ظلّ هذه الظروف يصعب التّسليم بأن العقد يستجيب إلى فكرة العدالة، و عليه فالعقد في الحقيقة لا يعدو كونه سوى وسيلة لتحقيق العدالة بين المتعاقدين.

حاول المشرع من خلال نظرية الظروف الطارئة و الشروط التّعسفية في عقد الإذعان التّوفيق بين وجوب إعادة النّظر في العقد و بين وجوب احترام الإرادة العقدية للطرفين، فإذا كان الواجب القانوني يفرض على الطرفين تنفيذ التزاماتهما ما دام في الإمكان ذلك هذا من جهة، فإنه من جهة أخرى و تحقيقا للعدالة، يجب مساعدة المدين و الأخذ بيده عندما يكون تنفيذ التزامه مرهقا.

أفسح المشرّع للقاضي المجال للخروج عن القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين و ذلك لاعتبارات تتعلق بالعدالة، فالقاضي لا يخضع خضوع أعمى لهذه القاعدة وإنّما يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة التي يتواجد فيها المتعاقدين والتّي تؤثّر في التوازن الاقتصادي للعقد، هذا الوضع سمح للقاضي بترجيح مبدأ العدالة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لأنّ فلسفة القانون تقوم على أساس .

أصبحت فكرة تعديل العقد أمرا ضروريا يستجيب لضرورة تحقيق المساواة بين المتعاقدين واستقرار المعاملات في المجتمع، إذ لا يمكن إنكار أنّ عدالة العقد ستكفل الازدهار الاقتصادي.

يظّل تدخّل القاضي في العقد ممكنا في نطاق معيّن، فلا يلجأ القاضي لممارسة سلطته التعديلية، إلاّ من أجل البحث عن حل عادل و منصف للعلاقة القائمة بين المتعاقدين في ظلّ الحالات الاستثنائية التي تؤثّر على التوازن الاقتصادي للعقد.

أصبحت فكرة العدالة مبررا كافيا لتدخّل القاضي في العقد، على أساس أنّها تهدف إلى تحقيق المساواة بين المتعاقدين، على نحو يقيم التوازن الاقتصادي للعقد، فلا يحصل أحدهما إلا على ما يستحقّه، إذ لا مجال للإضرار بالغير ولا للإثراء على حسابه.

تمثّل العدالة أسمى اعتبار يسعى القاضي إلى تحقيقه، فإذا كان العقد يستند في أساسه إلى فكرة العدالة أثناء تكوينه، فإنّه يخضع أيضا لتأثير فكرة العدالة أثناء سريانه، لانّ العقد قد يكون محققا للعدالة وقت إبرامه ولكن بسبب الظروف الطارئة أو الشروط التعسفية تجعل التوازن الاقتصادي للعقد منعدما، وفي هذه الحالة يقوم القاضي باستبعاد تطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد لتفادي الآثار المجحفة وغير العادلة وجعل العلاقة بين الطرفين أكثر عدلا.

لعبت العدالة دورا هاما في مجال المعاملات بين الأفراد، ففي كل مرّة يخل الوضع بالعدالة التعاقدية، فانّه يرد استثناء يجيز للقاضي التّدخل في العقد لتصحيح الوضع القائم بين المتعاقدين و إعادة الاعتبار لمبدأ العدالة، ففلسفة القانون قائمة على ضرورة تحقيق العدل بين الأفراد.

إنّ لجوء القاضي للعدالة كمبرّر لتدخّله في العقد، لا يفسّر على أنّه لجوء لمصدر من مصادر القاعدة القانونية من أجل ملء سدّ الفراغ، بسبب غياب نصّ تشريعي أو غياب مصدر من المصادر التالية له حسب نص المادة الأولى من التقنين المدني المعدل والمتمم - التي تقضي بأنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"- و إنّما يكون اللّجوء لقواعد العدالة لاستبعاد تطبيق قاعدة قانونية أو التّخفيف منها من أجل إقامة العدالة التعاقدية بين طرفي العقد.

إنّ تبرير تدخّل القاضي في العقد على أساس العدالة يحتاج إلى نص قانوني عام يقر ذلك، و ربّما يكون أنسب نصّ لربط تدخّل القاضي في العقد و كذا تبريره هو نص المادة الأولى من التقنين المدني المعدل والمتمم، ويكون ذلك بالتماس تعديله بإضافة فقرة رابعة يأتي سياقها على النحو الآتي: "يجوز للقاضي استبعاد تطبيق قاعدة قانونية لاعتبار العدالة، إذا أدّى تطبيقها إلى نتائج مجحفة، ويبقى ممارسة ذلك في حدود الحالات الاستثنائية التي يقررها القانون".

على هذا النّحو يكون المشرع قد أقرّ صراحة بمبرّر تدخّل القاضي على أساس العدالة، ولا يوجد في هذا الاعتراف أيّة خطورة، إذ تبقى سلطة القاضي في تعديل العقد سلطة استثنائية، إذ أنّ ممارستها تكون في نطاق محدّد بالحالات التي يرد بشأنها نص قانوني خاص بها مثل نص المادة 107 فقرة ثالثة من التقنين المدني المعدل والمتمم الذي يتعلق بالظروف الطارئة، ونص المادة 110 من التقنين المدني المعدل والمتمم الذي يتعلق بالشروط التعسفية في عقود الإذعان.

سبقت الإشارة أنّ الظروف الطارئة تعتبر استثناء لمبدأ قانوني هام يتمثل في مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ أنّ تدخّل القاضي بسبب الظروف الطارئة جاء كاستثناء لعدم جواز تعديل العقد إلا من طرف الإرادات التي أنشأته و ليس كاستثناء لوجوب تنفيذ العقد بحسن النية، لذلك يلتمس من المشرع تدارك الوضع بنقل الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني المعدل والمتمم وإدراجها كفقرة ثانية من المادة 106 من التقنين المدني المعدل والمتمم التي تقضي بأن: "العقد شريعة المتعاقدين...".

ويستخلص في الأخير أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يتقيّد بفكرة العدالة، فالتّسليم بقوة العقد يكون في حدودها، وعليه ينبغي الإبقاء على العقد دون تعديله، باعتباره الوسيلة الأولى لتنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع متى احتفظ العقد بعدالته.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللّغة العربية:

I- الكتب:

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ،النظرية العامة للالتزام،العقد و الإرادة المنفردة ، منشأة المعارف،الإسكندرية،2005.

2- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2009.

3- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007 .

4- أنور العمروسي ،التعليق على القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر ، د.د.ن، د.ب.ن، 1993 .

5- ألان بينا بنت، القانون المدني، الموجبات، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2004.

6- إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003 .

7- أسامة أحمد شتات، القانون المدني حسب أحدث التعديلات، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

8- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

9- توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966 .

10- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دار النهضة العربية، *القاهرة، 1996 .*

11- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول مصادر الالتزام، ج1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

12- دربال عبد الرزاق ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن .

13- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة، 2007 .

14 - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام،العقد، الإرادة المنفردة،العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون مصدران جديدان للالتزام،الحكم و القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

15- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول العقد ج1، ط4، إيرتيني للطباعة، دون بلد النشر، 1987.

16- عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، الجزء الثاني مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1418هـ .

17- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، المجلد الأول، ط3 الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1994 .

18- _____ ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

19- عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات،المصادر،الأحكام الإثبات القسم الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1994.

20- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، 2005.

21- علي فيلالي، الالتزامات،النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر،2008.

22-علي علي سليمان،النظرية العامة للالتزام،مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

23- عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 2008 .

24- فاضلي إدريس ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الارادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الاثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009 .

25- فؤاد محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2008 .

26- لعشب محفوظ بن حامد، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 .

27- محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996 .

28- محمد محي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2007 .

29- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، ج1، ط4، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 .

30- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996 .

31- مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود و نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية لبنان،2006 .

32- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط17 ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2009 .

33- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، ط3، المركز العربي للمطبوعات، لبنان ، 2003.

34- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الكويت، 2000.

35- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، 2009 .

36- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2004 .

37- يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الميسرة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2009 .

38- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008 .

II- الرسائل والمذكرات :

1- الرسائل :

أ)- زواوي فريدة ، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992.

ب)- عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998.

2- المذكرات:

أ) - إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني دراسة تحليلية نقدية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، د.س.م.

ب) - بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983.

ت) - بريك دلال و حمر العين فيصل، سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2008 .

ث) - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002 .

ج) - خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987.

ح) - سواسي نزهة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2008 .

خ) - فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998.

د) - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990.

ذ) - هزرشي عبد الرحمان، أثر العذر والجوائح على الإلتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الشريعة و القانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2006.

III- المقالات:

1) - بوبكر مصطفى، « الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ع1، 2011 ص ص 244-286 .

2) - رباحي أحمد، « المجال المادي للغبن بين التوسعة والتضييق»، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة شلف، ع3، 2010 ، ص ص 20-28 .

3) - شوقي بنّاسي، «التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع1، 2009، ص ص 185-223 .

IV- الاجتهادات القضائية:

1)- قرار رقم 99694 مؤرخ في 10 أكتوبر 1993 اعتبر مرض الحمى الذي أصاب المواشي حادثا استثنائيا غير متوقع يجب الأخذ به، المجلة القضائية، ع1، 1994، ص 217 .

2)- قرار رقم 21278 مؤرخ في 12 جانفي 2000 اعتبر الظروف الأمنية السائدة في منطقة الأخضرية لسنة 1994 ظروف استثنائية، المجلة القضائية، ع1، 2001، ص 114 .

ثانيا: المـــراجع بـالـلّـــغة الأجـنـبـيـة:

I- الكتب:

1- BENABENT Alain, droit civil, les obligations, 12ème éd, Montchrestien l'extenso, Paris, 2010.

2- BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, droit civil, les obligations, 12ème éd, Sirey, 2010.

3- CABRILLAC Rémy, droit des obligations, 9ème éd, Dalloz, Paris, 2010.

4- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric, les obligations, T 01 l'acte juridique, 14ème éd, Sirey, 2010.

5- HESS-FALLON Brigitte et MARIE SIMON-Anne, Droit civil, 10ème éd, Dalloz, Paris, 2010.

6- JEULAND Emmanuel, droit des obligations, 3ème éd, Montcherestien lextenso, paris .

7- LARROUMET Christian, droit civil, T 03 les obligations, le contrat, 3ème éd, économica, Paris.

8- MULLER Michèle, Droit civil, 4ème éd, Foucher, Vanves, 2006.

9- MAGNAN-MURIEL Fabre, Droit des Obligations,contrat et engagement unilatéral, 2ème éd, Thémis et PUF, Paris, 2010.

10- YILDIRIM Gulsen, droit des obligations, 4ème éd, Bréal, Paris, 2010.

ثالثا: النصوص القانونية:

I- النصوص التشريعية الوطنية:

أ)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني، ج.ر، ع 78، الصادرة في 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

ب)- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ25 فبراير سنة 2008 يتضمن تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر، ع 21، الصادرة في 23 افريل 2008 .

ج)- قانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، ع 15، الصادرة في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ الموافق لـ 08 مارس 2009 .

II- النصوص التشريعية الأجنبية:

- Code civil français, 102ème éd, Dalloz, Paris, 2003.

رابعا: المواقع الإلكترونية :

1- أنس بن عبد الله العيسى، عقد الإذعان دراسة مقارنة.

http ://www.imanu.edu.sa/.../

2- حسام توكل، السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو إلغاء الإلتزام في عقود الإذعان.

http:// www.doc 3084 shared.com/doc/wtwzr-ly/previe w.html

3- حمزة بن خدة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري.

http://boubidi.blogspot.com/2011/05/blog-post-1.html#ixzz1h19

الفـــهـــرس

شكر وتقدير 03

إهداء..... 04

قائمة أهمّ المختصرات..... 06

مقدمة 07

الفـــصـــل الأول:

الـــظـــروف الطـــارئـــة

المبحث الأول: مفهوم الظروف الطارئة 14

المطلب الأول: تعريف الظروف الطارئة وأساسها القانوني..... 15

الفرع الأول: التعريف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة 15

الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة..... 19

أولا: مبدأ حسن النية كأساس لنظرية الظروف الطارئة 20

ثانيا: التعسف في استعمال الحق كأساس لنظرية الظروف الطارئة 20

ثالثا: السبب كأساس لنظرية الظروف الطارئة..... 21

رابعا: الإثراء بلا سبب كأساس لنظرية الظروف الطارئة 21
خامسا: الغبن كأساس لنظرية الظروف الطارئة..... 22
سادسا: النية المشتركة للمتعاقدين كأساس لنظرية الظروف الطارئة: 23
سابعا: الشرط الضمني ببقاء الظروف كأساس لنظرية الظروف الطارئة..... 24
المطلب الثاني: مقارنة نظرية الظروف الطارئة بالنظريات المشابهة لها..... 26
الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة..... 26
الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة ونظرية الغبن..... 30
الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال 32
المبحث الثاني: تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة 35
المطلب الأول: شروط تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..... 35
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالالتزام التعاقدي 36
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ 38
أولا: حادث استثنائي..... 38
ثانيا: حادث عام 40
ثالثا: حادث غير متوقع حدوثه وقت إبرام العقد..... 41
رابعا: حادث لا يمكن دفعه أو تفاديه 43
خامسا: وقوع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه..... 43
الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بأثر الظرف الطارئ..... 44
أولا: الإرهاق..... 44
ثانيا: عدم استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي..... 45

ثالثا: تهديد المدين بخسارة فادحة 45

المطلب الثاني: سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول 45

الفرع الأول: ضوابط سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق 46

أولا: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية 48

ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين 49

ثالثا: الحد المعقول لرد الالتزام المرهق 49

الفرع الثاني: وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول 50

أولا: إنقاص الالتزام المرهق 51

I- الإنقاص من مقدار الالتزام المرهق 51

II-الإنقاص من ناحية مواصفات الالتزام المرهق 52

ثانيا: الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق 53

ثالثا: وقف تنفيذ الالتزام المرهق 54

رابعا: مدى جواز فسخ العقد من طرف القاضي 55

الفرع الثالث: حدود سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق 55

أولا : التحقق من وجود الوقائع المدعاة 56

ثانيا : البحث عن التكييف القانوني للوقائع 56

ثالثا : استخلاص النتائج القانونية من التكييف 56

نتيجة الفصل الأوّل 59

الفصل الثاني:

الشروط التعسفية في عقد الإذعان

المبحث الأول: مفهوم عقد الإذعان 63

المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان وطبيعته القانونية 64

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان 64

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان 69

أولا : عقد الإذعان ليس عقد 70

ثانيا :عقد الإذعان هو عقد 73

المطلب الثاني: خصائص عقد الإذعان 76

الفرع الأول: تعلق العقد بسلع أو خدمات ضرورية 77

الفرع الثاني: الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلع أو الخدمات، أو قيام منافسة محدودة النطاق 78

الفرع الثالث: توجيه الإيجاب إلى كافة الناس، وبشروط مماثلة على وجه الدوام..80

الفرع الرابع: إنفراد الموجب بوضع بنود العقد وتسليم القابل بها دون مناقشة 81

المبحث الثاني: مواجهة القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان 83

المطلب الأول: شروط تدخل القاضي في مواجهة الشروط التعسفية 84

الفرع الأول: أن يتم العقد بطريق الإذعان 84

الفرع الثاني: أن يتضمن عقد الإذعان شروط تعسفية 85

أولا: المقصود بالشروط التعسفية..... 86

ثانيا: العوامل المساعدة في إدراج الشروط التعسفية في عقد الإذعان.....87

I- الإنفراد بوضع بنود العقد.....88

II-انتفاء المناقشة.....88

III- تعلق حسابات الجمهور بسلع أو خدمات ضرورية 90

ثالثا: المعايير العامة لتحديد التعسف في الشروط 91

I- قصد الإضرار بالغير.....92

II- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يصيب الغير..93

III- عدم مشروعية الفائدة المقصود تحقيقها من استعمال الحق 94

رابعا: تعدّد أنواع الشروط التعسفية 96

I.الشروط التعسفية المتعلقة بعناصر تكوين العقد 96

II.الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد..... 97

III.الشروط التعسفية المتعلقة بعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية 97

IV.الشروط التعسفية من حيث وضوح التعسف.....99

الفرع الثالث: طلب تدخل القاضي حق مخول لكل ذي مصلحة..... 99

المطلب الثاني: سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية 100

الفرع الأول: صور تدخل القاضي في مواجهة الشروط التعسفية.....101

أولا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.....101
ثانيا: سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية 103
الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية.....104
أولا: مراعاة طبيعة عقد الإذعان 105
ثانيا: مراعاة مقتضيات العدالة.....105
الفرع الثالث: سلطة القاضي التقديرية في مواجهة الشروط التعسفية 106
نتيجة الفصل الثاني.....108
نتيجة عامة.....110
قائمة المراجع 114
الفهرس 126